HUGO LINDO

EL DIVORCIO EN EL SALVADOR

HISTORIA LEGISLATIVA

JURISPRUDENCIA

ANOTACIONES CRITICAS



EDITORIAL UNIVERSITARIA
San Salvador, El Salvador, C. A.


THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA
LET THERE BE LIGHT
1868

El Divorcio en El Salvador

COLECCION TESIS ESCOGIDAS

Volumen 2

Primera edición:
Imprenta Funes, 1948.

Segunda edición;
Editorial Universitaria, 1959.

Impreso en los Talleres de la Editorial Universitaria «José B. Cisneros».

HUGO LINDO

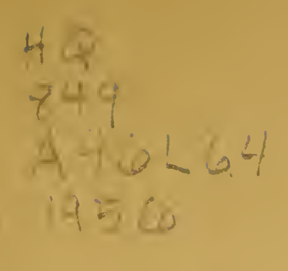
El Divorcio en El Salvador

HISTORIA LEGISLATIVA
JURISPRUDENCIA
ANOTACIONES CRITICAS

TESIS
PREMIADA CON MEDALLA DE ORO



EDITORIAL UNIVERSITARIA
San Salvador, El Salvador, C. A.



INDICE

Dedico este esfuerzo:

A mis padres:

Profesor don Oscar Lindo y
Doña Matilde Olivares de Lindo;

a mi mujer:

Doña Carmen Fuentes de Lindo;

a mis hermanos y cuñados;

en forma especial, a la memoria de HERBERT LINDO, hermano mío que cayó luchando por el decoro y la Justicia;

a mis parientes y amigos;

a aquéllos de mis maestros y compañeros de estudio que, en momentos difíciles, supieron estar con los altos principios de la dignidad ciudadana.

INDICE

Palabras previas

Cumplo con el deber de presentar un trabajo de tesis para la obtención de mi título académico.

Escogí el divorcio como tema de mi trabajo, porque ésta es una de las instituciones jurídicas más nacionales. Ello mismo ha determinado que, a veces, no encontrara en los textos de civilistas extranjeros, solución a los problemas que me había planteado.

Así, puedo afirmar, en términos generales, que no tuve más fuente de estudio que la historia de nuestra ley, la jurisprudencia de los tribunales, y algunos escasos comentarios de autores salvadoreños. Lo demás es tarea en que el lector podrá advertir las deficiencias de mi preparación, pues hube de atenerme en muchos puntos a mis escasas fuerzas.

Acaso abuso de las comillas. Quise, al par que hacía mis propias observaciones, recoger y agrupar todos aquellos datos y documentos que estuvieron a mi alcance y me parecieron de especial interés.

Fuera de las consideraciones generales muy someras con que inicio la tesis, se advertirá que limito mi estudio a la legislación civil de El Salvador. Prescindo casi totalmente de los aspectos religioso, filosófico, social, ético, estadístico, etc., por muchas razones, de las cuales me limito a citar dos: el estudio habría cobrado exagerada extensión, y probablemente me habría visto en el caso de sostener algunas opiniones sobre la base de mi fe, saliéndome del marco que en los tiempos actuales y en nuestro país, se ha convenido en señalar a los trabajos académicos. El divorcio, ante el Derecho Internacional, es tema para un libro tan grueso como éste o más. Por eso no lo trato, y me limito a presentar los casos que en la materia registra nuestra jurisprudencia.

Mis observaciones parecerán más de una vez pedantes o irreverentes. Sólo son sinceras. Pedantería no podrá haber, lógicamente, en quien sabe que apenas si inicia su carrera con los indispensables conocimientos para empezar

a aprender. Pero, amigo de la verdad, combato lo que me parece erróneo, provenga de donde proviniere, convencido de que el más sabio de los varones, yerra. Declaro, pues, que no me detiene la unción ante los ídolos.

La nota predominante, para mí, en la legislación salvadoreña del divorcio, es la incongruencia. Sucedió con ella —y perdón por lo burdo del símil— lo que con los pantalones del pobre: a fuerza de lindos parches policromos, acabó por ser un "¡ay de mí!". Y como se habla de una próxima reforma de nuestras leyes, me esfuerzo en indicar lo que a mi modesto entender debe corregirse.

H. L.

Nota para la segunda edición

Dedicado desde hace varios años a otras tareas y disciplinas, y lejos de las fuentes indispensables, no me hallo en condiciones de revisar este libro, que sin duda sería modificado en sustanciales aspectos. Es obra que lleva cerca de quince años de escrita, y el espíritu del hombre no es estático.

Accedo a la reedición, sólo porque se me insiste amablemente en que este trabajo suele ser útil a los estudiantes.

Si algo tiene que pueda otorgarle cierto valor de permanencia, es la indagación histórica y su correspondiente sistematización. Lo demás, lo filosófico, lo hermenéutico, queda librado al juicio de los estudiosos. A los cuarenta y un años de edad, el autor está menos seguro de muchas cosas...

Hugo Lindo.

Santiago de Chile, Enero de 1959.

CAPITULO I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL MATRIMONIO, LA FAMILIA Y EL DIVORCIO

En la organización de las sociedades, el elemento básico es, sin duda, la familia. Ella, sustentada en la comunidad de afectos e intereses, presta al conglomerado su cohesión.

La atracción del macho y de la hembra, no constituye por sí sola razón bastante para la institución del matrimonio: si éste brotó en la vida de los pueblos, fué también por exigencias sentimentales del individuo y por ese *sentido de conservación de la especie* que, no por haberse sustraído a las investigaciones de la ciencia experimental, obra con menos eficacia.

Al nacer, el hombre es completamente inepto. No sabe valerse de sus ojos, de sus manos, de sus pies, de su cerebro. Es incapaz de afrontar por sí solo las necesidades y peligros de la vida. Si se le dejase abandonado, moriría. Mas la Naturaleza, en su infinita sapiencia, ha dotado a la madre normal de un amor y una compasión también infinitos, hacia el niño, y la ha hecho abnegada suplidora de la ineptitud infantil. Ocupada la madre por fuerza de su propia naturaleza en los menesteres que la descendencia origina, queda, al menos durante la primera infancia de los vástagos, prácticamente imposibilitada para atender otros negocios que no sean los de su maternidad. Requiere ella misma, para vivir, el apoyo del hombre.

Aquéllos que se unieron para cumplir una ilusión personal, presto se ven solicitados por problemas que antes no hubieran podido siquiera sospechar, y unidos por vínculos diferentes. Se aplaca la pasión, surgen los ideales comunes, los intereses comunes, las necesidades comunes, y el mutuo cariño, vigorizándose, toma sendero de utilidad social.

El matrimonio, pues, jamás ha sido la unión pasajera de hombre y mujer, la satisfacción momentánea del apetito carnal. Por definición, ha sido y es la

unión permanente de los seres humanos de sexo complementario. Así ha convenido la sociedad, cuyas fórmulas, para bien colectivo, no pueden desentenderse de la realidad substancial de las instituciones naturales.

Mas si por su naturaleza y sus consecuencias, el matrimonio es la unión perpetua, de por vida, basada en el amor y dirigida a la procreación, que se realiza entre el hombre y la mujer, no es menos cierto que el hombre, de quien es propio errar, puede equivocarse en cosa de tal trascendencia, escogiendo por compañero de su vida a un ser que no sea el apropiado para guardar la armonía conyugal. Defectos en la educación física, moral o intelectual de uno o ambos cónyuges, falta de tolerancia, carencia de efectivo cariño, pueden bastar para que en el seno del hogar, en donde debiera esperarse paz y alegría sanas, no haya sino desavenencias, amarguras, desprecios, odios. Desgraciadamente, la situación se presenta con frecuencia. Hoy con más frecuencia que antes.

Y he ahí a los legisladores de los pueblos colocados frente a un magno problema. Por un lado, requieren su apoyo la naturaleza misma de la unión conyugal, la santidad del vínculo, la utilidad social que significa el hogar; por otro lado, demanda su auxilio una realidad inmediata, cruel.

La cosa no es fácil de decidir. Cualquiera que sea la posición que el legislador tome ante el problema, ha de ser rica en consecuencias.

Si se inclina por la indisolubilidad del matrimonio, sostiene "ficciones de hogar", casas en donde falta el amor entre los esposos, el ejemplo para los hijos y la sociedad, hogares que no lo son, y que lejos de ser la tan llevada y traída "célula social", se constituyen en fuerza disociadora, germen de inmoralidad, de malquerencia y desarmonía.

Si, por el contrario, el legislador proporciona los medios legales para dar fin a esas uniones, en vida de los esposos, abre peligrosas puertas al capricho y a la imprevisión humanas. Puede suceder que, como consecuencia, aumente el número de matrimonios desavenidos. Los jóvenes, confiados en que podrán tornar a su soltería si la suerte no les es propicia, se embarcarán en aventuras matrimoniales de ínfima duración, con las cuales dejarán satisfecho un pasajero deseo sexual, y habrán defraudado los intereses de la sociedad, que necesita hogares e hijos.

La humanidad, desde tiempo inmemorial, se ha planteado la cuestión. Entre el uno y el otro extremo, los pueblos han vacilado. Y El Salvador no se ha escapado a la regla, como después veremos.

En cuanto atañe a los derechos de orden familiar, el legislador ha de obrar con una exquisita cautela. Ya el objeto, en ellos, no es el mundo patrimonial; ya la ley no regula cosas temporales y externas al hombre; entra, de lleno, en la esfera de lo moral: opera con espíritus, se enfrenta a las nociones metafísicas del bien y del mal, juega con las pasiones, y fácil es que se pierda en ese laberinto de amores, odios, rencores, ternuras, inconfesables apetitos, abnegaciones, sacrificios, intereses...

No bastará que el legislador llene lo que podríamos llamar "las necesidades prácticas". No bastará que obre como un sociólogo o un político. Además de eso, es indispensable que actúe como moralista. La ley no puede, no debe perder su dignidad. Si regula las pasiones de los hombres, es porque está muy por encima de ellas; si en ellas se encenaga, carece de autoridad moral que justifique su coercibilidad.

Declara don Angel Ossorio en su precioso libro "El Alma de la Toga", que para él, el Derecho y sus afanes han ocupado siempre un escalón más alto que la política y sus trabajos. Y don Angel Ossorio ha sido un político al par que un jurista. La verdad es que el Derecho, rigiendo todas las actividades de los hombres, no puede ser otra cosa que la concreción positiva del concepto de Justicia. Y este concepto, más que jurídico, es ético. Si la pasión política, o cualquiera otra, tuerce los senderos del Derecho, éste jamás llegará a los plácidos valles de la armonía social.

Mas a estas verdades irrefutables, "por la dureza de nuestro corazón", hemos opuesto, con ingrata frecuencia, los hechos. Débiles para sujetar nuestra conducta, flacos para detenerla dentro de los límites de la regla ético-jurídica, nos ha parecido más fácil y más cómodo dictar leyes que se ajusten a nuestra conducta. Por donde la ley, perdiendo su adusta dignidad, ha venido a sancionar como equitativos, justos y buenos, hechos que la conciencia recta no puede sino reprobar.

Tal es, a nuestro juicio, el caso del divorcio.

Sin duda es muy duro, en ciertas circunstancias, defender la santidad del vínculo conyugal. Y, faltos de valor para hacerlo, cortamos de un tajo el nudo gordiano con el alfanje del divorcio absoluto. ¡Cómoda solución!

Ha sido precisamente el olvido de los primeros principios lo que ha traído al mundo a su caos actual. La palabra "metafísica" nos sonó a cosa gazmoña, y nos olvidamos de que de los laboratorios no ha salido todavía una sola fórmula ética. Respetamos, —como universitarios no podríamos dejar de hacerlo— la Ciencia Experimental. Pero repudiamos toda filosofía que quiera basarse únicamente en ella. Muy más allá de las conquistas de carácter particular, como amparándolas e iluminándolas, están las conquistas de carácter general. Y así como para el sabio un solo principio es más valioso que todos los inventos en que se aplica (porque aún podría aplicarse en mil inventos más), para el jurista ha de ser la Moral, que ampara e ilumina todo el Derecho, más importante, más amable y más merecedora de sacrificio que todas las normas positivas y situaciones especiales.

Levantemos, pues, estandarte de lucha contra esta mezquina mentalidad del "caso", que entronizada en nuestro medio intelectual, es fecunda en siniestros frutos.

Decíamos que el mal de nuestro siglo deriva de ese olvido de los primeros principios. Refiramos el anterior postulado a la materia que hoy nos

ocupa y veremos que el divorcio, rompiendo el dique impuesto por la moral a las pasiones conyugales, ha permitido que éstas se desborden con ímpetu cada día creciente, y ha llegado a constituir, no ya un atentado contra la moral pública y el hogar, sino la negación misma de estas venerables instituciones.

¡Fama negra la de Reno, emporio de la prostitución legal!

¡Título de gloria el de aquellas actrices cinematográficas que se casan por quince días sólo para proporcionar a los estudios un elemento más de propaganda!

CAPITULO II

CONCEPTO Y GENERALIDADES HISTORICAS

1—Antigüedad y calidad del Divorcio. 2—Concepto. 3—El Divorcio en el Antiguo Testamento. 4—El Divorcio en el Nuevo Testamento. 5—El Divorcio en Roma. 6—El Divorcio en el Derecho Canónico. 7—El Divorcio en otras Confesiones Religiosas.

1)—Antigüedad y calidad del Divorcio.

"La institución del divorcio tiene un antiquísimo e ilustre abolengo", escribe, explanando el pensamiento finisecular —que no es el suyo propio—, el Lic. Agustín Barrios Gómez, (Rev. "Jus", tomo VIII, Nº 43 México Feb. 1942, pág. 85).

Dejemos a un lado lo de "ilustre" y detengámonos en lo que atañe a la antigüedad.

Fue practicada, efectivamente, la separación legal de los casados, en casi todos los pueblos antiguos. En la India y en la Mesopotamia, en Fenicia, en Egipto, en la legendaria y hermética China, en la pagana Grecia, en el pueblo nómade "elegido de Dios", en la Roma fastuosa y docta en las cuestiones del Derecho... Y de estos antecedentes históricos, "ilustres" en verdad, se ha querido sacar argumento en pro del divorcio. El propio autor que hemos nombrado cita, a su vez (artículo aludido, pág. 88 de la Rev.) la réplica de Galiano que abajo transcribimos:

"El divorcio estaba establecido en las legislaciones de todos los pueblos de la antigüedad. Pero también estaba establecida la esclavitud, y no sólo establecida sino difundida y justificada por los más altos representantes de

la antigua sabiduría, Platón y Aristóteles, y no por eso deberá sostenerse que esa institución era justa y legítima; antes bien, la consideramos como una lepra".

El párrafo copiado, claro, hermoso y certero, nos releva de la obligación de todo comentario. El afirma la antigüedad de la institución que nos ocupa; pero, a la vez apoya el carácter irónico que el Lic. Barrios Gómez supo dar al calificativo "ilustre".

2)—Concepto.

Originariamente, la palabra "divorcio" significaba sólo la disolución del vínculo matrimonial, ya fuese mediante declaratoria judicial, ya fuese sin intervención de autoridad alguna. Fué el Derecho Canónico el que dió al término "divorcio" la otra acepción en que hoy es conocido: mera separación de los cónyuges, sin ruptura del vínculo conyugal. A la primera forma de divorcio, llamaremos en adelante "divorcio absoluto", o simplemente divorcio. A la segunda, divorcio relativo o separación de cuerpos.

3)—El Divorcio en el Antiguo Testamento.

Es incuestionable que entre los hebreos hubo divorcio absoluto o, como prefiere llamarlo Galiano, repudio de la mujer. En el quinto libro de Moisés, conocido también por el nombre de Deuteronomio, se encuentran estos versículos, de contenido muy claro:

"1—Cuando alguno tomare mujer y se casare con ella, si no le agradare por haber hallado en ella alguna cosa torpe, le escribirá carta de repudio, y se la entregará en su mano, y despedirála de su casa".

"2—Y salida de su casa podrá ir y casarse con otro hombre".

"3—Y si la aborreciere aqueste último, y le escribiere carta de repudio, y se la entregare en su mano, y la despidiere de su casa; o si muriere el postrer hombre que la tomó para sí por mujer".

"4—No podrá su primer marido, que la despidió, volverla a tomar para que sea su mujer, después que fué mancillada, porque es abominación delante de Jehová, y no has de pervertir la tierra que Jehová tu Dios te da por heredad". (Deuter., Cap. XXIV).

Según se desprende de los anteriores versículos, no era menester, para que pudiera disolverse el matrimonio, una causal determinada; bastaba con que al marido algo le pareciese desagradable o "torpe" en la mujer. Aquel sistema patriarcal, organizado por el varón en beneficio del varón, no previó el caso de que a la mujer se le hiciese insoportable la vida al lado del marido: la mujer —casi reducida a categoría de cosa— quedaba a merced de los caprichos del consorte.

El procedimiento para obtener el divorcio, como se ve, era de lo más simple: se escribía el libelo de repudio, se ponía en manos de la mujer y se despedía a ésta de la casa conyugal. Por tales hechos quedaba la mujer de tal manera desligada del marido, que podía casarse con otro. La única prohibición vigente era la de que se volviesen a casar quienes habían sido ya marido y mujer.

Los que van expuestos, son datos que nosotros deducimos de los versículos que transcribimos del Deuteronomio.

Según el Lic. Barrios Gómez —que sin duda tuvo a su alcance algunos documentos hebreos— el divorcio también podía ser solicitado por la mujer cuando el marido no rendía el débito, o llevaba vida desordenada, o la maltrataba. Este, a su vez, era "casi libre" para el repudio; pero no libre de una manera absoluta, pues había un sinnúmero de causales que podía alegar. Por ejemplo, el no haber encontrado en la mujer cualidades que tuvo en mira al desposarla. Si la mujer no era virgen al casarse, el marido podía pedir contra ella la pena de muerte o el divorcio, a elección. Otras causales a favor del varón eran: el que la mujer se negase a consumar el matrimonio, el que gastase bromas con un joven, el que diese a su esposo comida fermentada y el que pasease con la cabeza o el brazo descubiertos. Como causales comunes a los cónyuges, cita el Lic. Barrios Gómez la esterilidad de la mujer y la impotencia del hombre, a los diez años de casados; enfermedad "insoportable como la epilepsia o contagiosa como la lepra", cambio de religión o ausencia de uno de los esposos.

Advierte el citado autor que el libelo de repudio se entregaba ante dos testigos hebreos y que, como la mayoría de los hebreos no sabía escribir, se veían en el caso de recurrir al sacerdote para que les escribiese el libelo de repudio, lo cual, gracias a los buenos oficios del sacerdote, solía tener por resultado la reconciliación de los cónyuges.

Más datos al respecto hallará el lector en el artículo del Lic. Barrios Gómez titulado "Notas sobre la Historia del Divorcio" que aparece publicado en la revista mexicana "Jus", tomo IX, Nº 51, Oct. 1942, pág. 381, que es de donde nosotros tomamos la anterior información.

4)—El Divorcio en el Nuevo Testamento.

Jesucristo no ve en el matrimonio un mero contrato que puede disolverse por la voluntad de los casados; ve el dictado de Dios: el Sacramento. Y por eso condena el divorcio, no obstante que hay efectivo peligro para sí en hacer tal condenación ante fariseos y levitas.

Tres son los principales testimonios que la Biblia nos da sobre este punto. El primero, contenido en el Evangelio de San Mateo; el segundo, en el de San Marcos, y el tercero en el de San Lucas.

A continuación copiamos dichos testimonios:

SAN MATEO, Cap. V. Verscs. 31 y 32:

"31.—También fué dicho: cualquiera que repudiare a su mujer, déle carta de divorcio:

"32.—Mas yo os digo, que el que repudiare a su mujer, fuera de causa de fornicación, hace que ella adultere; y el que se casare con la repudiada comete adulterio".

SAN MARCOS, Cap. X, Verscs. 2 a 12.

"2.—Y llegándose los fariseos, le preguntaron, para tentarle, si era lícito al marido repudiar a su mujer.

"3.—Mas El, respondiendo, les dijo: ¿Qué os mandó Moisés?

"4.—Y ellos dijeron: Moisés permitió escribir carta de divorcio y repudiar.

"5.—Y respondiendo Jesús, les dijo: por la dureza de vuestro corazón os escribió este mandamiento;

"6.—Pero al principio de la creación, varón y hembra los hizo Dios.

"7.—Por esto dejará el hombre a su padre y a su madre, y se juntara a su mujer.

"8.—Y los que eran dos, serán hechos una carne: así que no son más dos, sino una carne.

"9.—Pues lo que Dios juntó, no lo separe el hombre.

"10.—Y en casa volvieron los discípulos a preguntarle lo mismo.

"11.—Y les dice: cualquiera que repudiare a su mujer, y se casare con otra, comete adulterio contra ella:

"12.—Y si la mujer repudiare a su marido y se casare con otro, comete adulterio".

SAN LUCAS, Cap. XVI, versc. 18:

"18.—Cualquiera que repudia a su mujer, y se casa con otra, adultera; y el que se casa con la repudiada del marido, adultera".

El contenido del versículo 32, V de San Mateo, transcrito ha dado motivo para largas discusiones de teólogos y canonistas. Consideramos inoportuno hacer aquí una síntesis de dichas discusiones: al tratar del divorcio en las confesiones de Calvino y Lutero, haremos las alusiones que nos parezcan indispensables. Mas, por razón de orden, nos hemos de referir ahora al divorcio en Roma.

5)—El Divorcio en Roma.

En la obra titulada "Tratado Completo del Derecho Romano en Cuadros Sinópticos, Según el Orden General de la Instituta", por el Dr. Manuel Bofarull y de Palau, publicada en Barcelona en 1878 (se encuentra dicha obra en la Biblioteca de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales bajo el Nº 160) hallamos una preciosa síntesis histórica del divorcio en Roma.

Nos informa el Dr. Bofarull que el divorcio fué admitido por los romanos desde un principio, y se encuentra consignado en la Ley de las XII Tablas; que los romanos no abusaron de este derecho, sino hasta en las postrimerías de la República y que, para refrenar este abuso, "la ley Julia *de adulteris*" prescribió que debía celebrarse ante siete testigos y enviando un cónyuge al otro el acta de repudio *(libellis repudii)*, la cual acta contenía cualquiera de estas fórmulas *"tuas res tibi habeto"*, o *"tuas res tibi agito"*.

No sólo reconoció Roma el divorcio por mutuo consentimiento, sino aún el divorcio por voluntad de una sola de las partes, y hasta sin necesidad de expresión de causa. Fueron los Emperadores Teodosio y Valentiniano quienes "fijaron taxativamente sus causas y establecieron penas pecuniarias y personales para los que se divorciasen fuera de ellas". (Dr. Bofarull y Palau. Ob. cit).

Los efectos principales del divorcio en Roma eran los siguientes:

a) Extinción de los derechos y obligaciones personales habidos entre los cónyuges por razón de matrimonio, y

b) Prohibición a la mujer de contraer nuevo matrimonio durante *el año de luto* que, estando antes sólo establecido para la viuda, fué extendido a la divorciada por los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio.

El jurista Galiano, citado por el Lic. Barrios Gómez, nos dice que en Roma, donde la mujer era un poco más considerada en los primeros siglos, cuando las costumbres aún eran puras, no se conocía el repudio. Vino cuando brotó la corrupción de las costumbres.

Dato comúnmente aceptado, que nosotros no estamos en capacidad de comprobar ni de impugnar, es el de que fué Carvilio Ruga el primer ciudadano romano que se divorció, lo cual tuvo lugar hacia el año de 515 de la fundación de Roma. (V. Lic. Agustín Verdugo, "Principios de Derecho Civil Mejicano", México, 1885, T. I, pág. 384).

Tres leyes fueron dictadas bajo Augusto con el objeto de reprimir el divorcio y sus abusos. Fueron éstas de *maritandis ordinibus*, *la Papia Poppen* y la *Julia de Adulteris*, que ya hemos citado arriba.

"Constantino —escribe el Lic. Barrios Gómez— limitó el divorcio a las siguientes causales: envenenamiento y asesinato, cuando la mujer demanda; y el adulterio y proxenetismo, que podía invocar el marido".

Justiniano, en la novela 117, fijó las causas siguientes: adulterio de la mujer, y del marido si tuviese concubina en el hogar o en el mismo pueblo; atentado de un cónyuge contra la vida de otro; crimen contra la seguridad

del Estado; abandono voluntario del marido, hecho por la mujer; asistencia de ésta a banquetes con extranjeros, o al circo, sin permiso del marido; tentativa del marido para prostituir a su mujer, y la locura de cualquiera de los cónyuges.

El divorcio era en Roma una institución de orden público, y por eso era prohibida, bajo pena de nulidad, toda modificación contractual que lo restringiese o ampliase.

Sabido es que hubo divorciados ilustres, como Catón y Cicerón, Ovidio, César, Pompeyo, Antonio, Octavio. La mayor parte de estos divorcios obedeció a intereses pecuniarios o políticos.

6)—El divorcio en el Derecho Canónico.

La Iglesia Católica no reconoce, por regla general, más divorcio que el relativo, es decir, aquél en que los cónyuges quedan relevados de la obligación de convivencia y mutuo sostén; pero en el cual el vínculo matrimonial queda subsistente.

El matrimonio no es para la Iglesia un mero contrato: es un Sacramento: es la palabra de Dios. "Lo que Dios juntó no lo separe el hombre". (S. Marcos, X, 9). Así, pues, siendo el matrimonio una institución de derecho divino, no hay potestad humana capaz de destruirlo. No sólo niega la Iglesia el derecho de disolver el matrimonio a las autoridades civiles, sino que, rigurosa en la observancia de la palabra de Cristo, se lo niega a sí mismo.

Reconoce, sí, la Iglesia, la nulidad del matrimonio en ciertos casos (vicios de consentimiento, error en la persona, incompetencia del Ministro celebrante. etc.); pero ésta es cosa bien distinta, y apenas concebimos cómo un jurista de los méritos del Dr. Mariano Cáceres, informando en 1893 por la Corte Suprema de Justicia sobre un proyecto de ley de divorcio absoluto, pudiera escribir:

"La Iglesia reconoce además otros motivos para la disolución del matrimonio, *disfrazados con el nombre de "causas de nulidad"*....

Si las "causas de nulidad" pudiesen confundirse con las de divorcio, inútil sería establecerlas por aparte, como hace nuestro Código Civil. La nulidad de un acto es *su existencia misma, jurídicamente reconocida;* para el caso, la *inexistencia real del matrimonio;* en tanto el divorcio es *la disolución de un matrimonio que sí ha tenido plena y legítima existencia.* El error es tan de bulto, que no requiere mayor comentario, y únicamente nos lo explicamos como producto de aquella época un tanto jacobina en que lo elegante en el orden intelectual era arremeter contra los "prejuicios" de la Iglesia Católica y sus ministros.

No obstante lo dicho, en dos casos excepcionales disuelve la Iglesia, en vida de los esposos, el matrimonio válidamente contraído:

1º) En beneficio de la fe, cuando el matrimonio roto no ha sido consumado y ambos cónyuges desean profesar como religiosos, y

2º) Mediante el Privilegio Paulino: el matrimonio válido y consumado, si ha sido contraído entre no bautizados, o entre una parte infiel y otra católica, sin la dispensa del impedimento de disparidad de cultos, puede ser disuelto por matrimonio posterior del cónyuge bautizado, y no antes. Se llama este medio *privilegio paulino* por encontrarse expreso en la primera Epístola a los Corintios (7, 12, 15) del Apóstol San Pablo. Se halla reconocido este privilegio en el Canon 1111. Mas el privilegio paulino es improcedente si antes no se han hecho al cónyuge infiel las interpelaciones canónicas, en las cuales se le conmina a abrazar la religión católica o, al menos, a cohabitar con el cónyuge bautizado pacíficamente, "sin ofensa del Creador". (R. P. Juan B. Ferreres, S. J., "Epítome del Compendio de Teología Moral", Barcelona, 1921, pág. 661).

Basándose el privilegio señalado, en un texto del Nuevo Testamento, resulta también de derecho divino. Por eso la palabra "infiel" se ha interpretado en sentido restringido, y no se aplica ni a los hebreos —que creen en el origen divino del Antiguo Testamento— ni a las diversas sectas protestantes que se basan en la palabra de Cristo.

En sus "Instituciones de Derecho Civil Español" (T. II, pág. 472), nos dice don F. Clemente de Diego que las causales canónicas de divorcio relativo son:

"1º)—De una manera perpetua, y aún sin intervención de la autoridad, el adulterio de uno de los cónyuges, no perdonado o correspondido con igual falta por el otro.

"2º)—De un modo temporal, o mediante la autoridad del Ordinario: a) Inscribirse alguno de los cónyuges en una secta acatólica, b) Educar los hijos acatólicamente. c) Llevar una vida criminal o infame. d) Poner al otro cónyuge en grave peligro para su alma o cuerpo o con malos tratamientos hacerle imposible la vida en su compañía. Constando la certeza de estas causas y si hay peligro en la demora, aún sin la autoridad del Ordinario, cabe la separación".

Don Luis F. Borja ("Estudios sobre el Código Civil Chileno", 1907 T. III, pág. 523, párrafo 346), agrega a las anteriores: "la enfermedad contagiosa de uno de los cónyuges"; pero el Dr. de Diego manifiesta que ésta es causal de divorcio *ad thorum;* que releva, en consecuencia, de la obligación de débito, pero no de las otras inherentes al Estado.

Hay quienes afirman que el divorcio absoluto también procede por autoridad del Sumo Pontífice; pero es del caso recordar que "ha resistido la Iglesia hasta la persecución por los decretos del Papa Nicolás I contra Lotario; de Urbano II y Pascual II contra Felipe I, Rey de Francia; de Celestino III e Inocencio III contra Felipe II de la misma nación; ha consentido hasta que se produjesen el cisma y la herejía en Inglaterra y Escocia, por los decretos de los Papas Clemente VII y Pablo III contra Enrique VIII de Inglaterra; y en tiempos más recientes, Pío VII, prisionero de Napoleón, toleró en su propia

persona los ultrajes de aquel soldado de fortuna, enorgullecido con ella, por no acceder a sus pretensiones de divorcio". (Lic. Barrios Gómez.—"Tres generaciones ante el problema del divorcio").

7)—El Divorcio en otras Confesiones Religiosas.

Dejemos a un lado las antiguas religiones asiáticas, pues ya hemos dicho, al inicio de este capítulo, que en la mayoría de los pueblos antiguos, si no en su totalidad, fué practicado el divorcio absoluto, y hagamos referencia a las religiones que, emergiendo del cisma y modificándose a medida que cambiaban las circunstancias, llegaron a estructurar el sistema propio.

La Iglesia Griega, conocida con el nombre de Ortodoxa, que rechaza la autoridad papal, si bien admite la episcopal, reconoce ocho casos de disolución del vínculo conyugal. De estos ocho casos, únicamente cita cinco el Pbro. Nicolás Marín Negueruela en sus Lecciones de Apologética (5ª Edic. San Sebastián, T. II, 1939, pág. 264). Son las causas citadas por dicho autor, las siguientes: 1º—El adulterio cometido por el marido con una mujer casada o el cometido por una mujer con un hombre cualquiera. 2º—La conjuración contra el Estado, acompañada del destierro. 6º—La ausencia prolongada más allá de tres años. 7º—El cambio de religión posterior al matrimonio, y, 8º—La condenación del marido a una pena infamante.

En cuanto a las confesiones protestantes, cabe hacer diferencias. Calvinismo y Luteranismo, basándose en aquel conocido versículo de San Mateo (XIX, 9), afirman que el divorcio por adulterio puede ser absoluto, ya que San Mateo dice: "todo aquel que repudiare a su mujer, sino por causa de fornicación..." Lo cual da a entender, dicen luteranos y calvinistas, que la causa de fornicación o adulterio constituye una excepción a la prohibición de Cristo. Teólogos y canonistas responden que el adulterio sí es causa de divorcio; pero de divorcio relativo solamente, porque, en virtud de la fusión de los cuerpos operada, ya los esposos "no son más dos, sino una carne", y por lo que ha sido unido por Dios, no puede ser desatado por el hombre.

La Iglesia anglicana resultó, al respecto, menos especulativa y desinteresada: como que nació de un capricho real. La historia es tan conocida, que sólo hemos de sintetizarla aquí: Enrique VIII de Inglaterra, como el Papa no quisiera anular su matrimonio con Catalina de Aragón (el Rey quería contraer nuevas nupcias con Ana Bolena), rompió decididamente con la autoridad papal, y el que antes fuese "defensor de la fe", se convirtió en cabeza de una religión que en nada difería hacia entonces de la católica —salvo en lo referente a la autoridad Pontificia— y que venía, precisamente, a reconocer el divorcio.

CAPITULO III

TRAYECTORIA DEL DIVORCIO EN EL SALVADOR

1—Divorcio relativo en 1860. 2—Divorcio Absoluto en 1880. 3—El Legislador cambia de criterio (1881). 4—La Ley de 1885. 5—La Ley de 1894. 6—El Tratado de 1901. 7—Reformas de 1902. 8—Reformas Posteriores. 9—La definición legal del Divorcio. 10—Los períodos históricos del divorcio en El Salvador.

1)—Divorcio relativo en 1860.

Tres disposiciones del Código Civil de 1860 nos indican claramente el criterio de nuestros primeros legisladores con relación al matrimonio y el divorcio:

a) el Art. 104 que, al definir el matrimonio, lo señala como indisoluble y contraído por toda la vida de los cónyuges;

b) el Art. 105 que, en su primer inciso, deja a la autoridad eclesiástica el "decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído; y

c) el Art. 125, cuyo tenor literal es el siguiente: "El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges. Acerca de las demás causas de disolución del matrimonio, toca a la autoridad eclesiástica juzgar, y la disolución pronunciada por ella producirá los mismos efectos que la disolución por causa de muerte".

Analizando estas disposiciones, y tomando en cuenta la supeditación en este sentido de la ley civil a las autoridades religiosas, se advierte:

1—Que la ley rechaza terminantemente el divorcio absoluto;

2—Que admite la invalidez del matrimonio por virtud de las nulidades canónicas, que no son objeto de nuestro estudio;

3—Que acepta la disolución del vínculo conyugal;

A) Por el privilegio paulino, de muy escasa aplicación práctica, al cual ya aludimos someramente en el Capítulo anterior;

B) Por profesión religiosa de ambos cónyuges, en el matrimonio rato *no consumado;* y,

4—Que acepta igualmente el divorcio relativo, reconocido por la Iglesia Católica y decretado por las autoridades eclesiásticas conforme a los Cánones respectivos. También a este extremo nos hemos referido en el anterior capítulo.

Los efectos civiles de la disolución canónica quedaban regulados por el Código Civil. Así, conforme a éste se disolvía la sociedad conyugal, distribuíanse el haber común y las ganancias y reglábase la situación de los hijos habidos durante el matrimonio.

2)—El Divorcio Absoluto en 1880.

En el año de 1880, y el día 4 de mayo (Administración del Dr. Rafael Zaldívar), se publicó, en calidad de agregado a la ley de matrimonio civil, una ley que establecía el divorcio absoluto, sin perjuicio de la separación de cuerpos. No fué recibida con general complacencia: antes bien, hubo, como había de ser en aquella sociedad de rígidas costumbres, muy extendido escándalo. Al ojo de un sociólogo experto, no podía escaparse que aquella institución nueva, establecida sin consulta previa de la realidad social, había de resultar tan ineficaz como efímera. Y así fué: no conocemos, a pesar de haberlo buscado con interés especial, ningún caso de divorcio llevado a cabo con sujección a la ley de 1880, y nos atrevemos a afirmar que, si algunos hubo, ni éstos fueron muchos, ni los divorciados dejaron de sentir la presión de una sanción moral por parte de la colectividad.

Nos dice el Dr. Jorge Sol Castellanos (Rev. "Fas et Jus", T. I, Nº 5, pág. 195), que "muchas de las actuales disposiciones sobre naturaleza, impedimentos, celebración y nulidad del matrimonio, *lo mismo que sobre el divorcio,* se encuentran en la citada Ley".

3)—El Legislador Cambia de Criterio (1881).

Un año entero no transcurrió sin que la ley de divorcio absoluto fuese derogada (lo fué por la ley de 15 de marzo de 1881, publicada el 31 del mismo mes), porque, según el decir del legislador, "...no está en armonía con las costumbres y usos de los pueblos de El Salvador; que carece del carácter general que debe tener toda ley para que sea justa y equitativa; y

que para que produzca los beneficios que de ella se esperan, conviene ponerla en consonancia con las leyes que sobre tan importante materia existen en los pueblos católicos".

La ley de 1881 abolió el divorcio absoluto, dejando en vigor únicamente la separación de cuerpos.

Nos informa el Dr. Belarmino Suárez, de cuya obra hemos tomado el párrafo arriba transcrito, que "esta última ley, con pocas variantes, es la fuente del Capítulo V del Código Civil de 1893".

4)—La Ley de 1885.

Por Decreto que el Presidente Provisional de la República, General Francisco Menéndez, emitió el 24 de octubre de 1885, se derogó la ley anteriormente citada; pero el legislador permaneció fiel a su criterio y reconoció al divorcio civil el efecto de relajar el vínculo matrimonial, mas no el de destruirlo.

5)—La Ley de 1894.

En 1894, el legislador consideró como un imperativo del progreso alcanzado por el país, el restablecimiento del divorcio absoluto que tan pasajera vida había tenido en nuestra legislación, y por ley de 24 de abril, lo restableció. He aquí los "Considerandos" del decreto respectivo:

"Considerando:

"Que la cultura y adelanto del país exige la disolución del vínculo matrimonial, cuando por causas poderosas los cónyuges se odian y repelen, porque entre ellos ha desaparecido para siempre el amor que los unía, desapareciendo también el orden y tranquilidad de las familias con perjuicio de la sociedad en general: que la falta de disolución del vínculo matrimonial, además de causar graves perjuicios a los mismos cónyuges, puede dar lugar a crímenes y delitos atroces, cuyas consecuencias debe prever el legislador;

"Considerando:

"Que la disolución del matrimonio, o sea el divorcio absoluto, es conforme al Derecho Natural, cuando dicho contrato no tiene razón de ser entre los mismos cónyuges porque alguno de ellos o ambos no cumplen con las obligaciones que se impusieron al celebrarlo, quedando éstos aptos sólo para contraer segundo matrimonio; pero garantizando la familia y los intereses de los cónyuges divorciados. . ."

Con mucha frecuencia hacemos en las presentes páginas alusión a este cuerpo de normas, llamándolo, simplemente. Ley de Divorcio Absoluto.

Fijó dicha ley, taxativamente, las cosas por las cuales podría decretarse, en lo sucesivo, la disolución del matrimonio; mas, consecuente el legislador con su propio criterio, vedó, en forma expresa, el acceso al divorcio absoluto por los caminos del mutuo disenso:

"Tampoco podrá decretarse el divorcio absoluto, (reza la ley en uno de sus artículos) en ningún caso, por el mutuo consentimiento de los cónyuges".

Esta es la nota más importante, a nuestro juicio de la ley de 1894.
Esta ley fué parcialmente reformada por Decreto Legislativo de 24 de marzo de 1900.

6)—El Tratado de 1901.

Con el objeto de fijar las bases sobre las cuales habría de uniformarse la legislación centroamericana, con miras a la unidad política de los países del Istmo, se reunió en San Salvador, hacia 1901, el Segundo Congreso Jurídico Centroamericano.

Se celebró entonces, entre otros, un Tratado de Derecho Civil, según el cual las repúblicas istmeñas reconocían el divorcio con disolución de vínculo, aún por mutuo consentimiento de los cónyuges (12 de Feb). La parte pertinente del Art. 22 del Tratado, que dió pie a las reformas de 1902, rezaba así:

"Art. 22.—Las partes contratantes convienen en adoptar los siguientes principios y declaraciones:... (h) La ley reconoce el divorcio en cuanto al vínculo, aún por mutuo consentimiento".

El 24 de abril de 1902, y atendiendo a dificultades prácticas que ya se habían presentado, a las cuales haremos referencia al tratar del divorcio por mutuo consentimiento, el Poder Legislativo dictó un reglamento de este último medio de disolución del vínculo conyugal.

Adviértase que esto ocurrió más de tres meses antes de promulgarse las reformas al Código Civil (4 de agosto de 1902), propuestas por la Comisión Revisora del mismo, a las cuales aludimos en el párrafo siguiente.

7)—Reformas de 1902.

Las reformas del 4 de agosto de 1902, modificaron en parte las causales de divorcio, e incorporaron a nuestra legislación, dándole trámites, el divorcio por mutuo disenso.

Dada la importancia de estas reformas, aludimos frecuentemente a ellas en el desarrollo de este estudio, razón por la cual nos abstenemos de seguir tratándolas aquí. Unicamente diremos que, a nuestro juicio, estas reformas de 1902 tienen la culpa de una serie de incongruencias que hemos notado en nuestro Código Civil, al tratar de esta materia, incongruencias que nos proponemos poner de relieve para que, si nuestro pensamiento no es desacertado, sean evitadas por el legislador.

8)—Reformas Posteriores.

De 1902 a la fecha, ha habido una multitud de reformas parciales, de las cuales las más numerosas e importantes fueron las de 1907. Tratamos sobre estas modificaciones a la ley, al hablar de los temas particulares que a ellas afectan, ya que no tienen el carácter de la generalidad de las recién citadas.

9)—La Definición Legal del Divorcio.

A los dos diferentes criterios legales relacionados, corresponden, también, dos diferentes definiciones legales del divorcio.

Para el Código Civil de 1860, divorcio era "la separación legítima de los casados, ordenada por el Juez, dejando subsistente el vínculo matrimonial"; para la Ley de Divorcio Absoluto, "la separación legítima de los casados, ordenada por el Juez, por causas legales, quedando disuelto el vínculo matrimonial".

Esta última definición nos parece inexacta, pues que la frase "por causas legales", no abarca el mutuo disenso, que si bien es *en el fondo,* como adelante sostenemos, una causa de divorcio, ha sido contemplado por nuestra ley *no como causa o causal de divorcio,* (que causas son únicamente las enumeradas en el Art. 145 C.), sino como *medio* de obtener la declaratoria judicial de disolución del vínculo. Por otra parte, basta con decir separación legítima, como arriba expresa el artículo, para que se entienda que dicha separación ha de ser con arreglo a la ley.

10)—Los Períodos Históricos del Divorcio en El Salvador.

Dice el Dr. Sol Castellanos que "en la historia del matrimonio y el divorcio en El Salvador, podemos distinguir estos períodos:

1º—Desde la Independencia hasta marzo de 1880 existió únicamente el matrimonio religioso y el divorcio sin disolución del vínculo.

2º—Desde marzo de 1880 hasta el mismo mes de 1881 existió el matrimonio civil y el divorcio con disolución del vínculo.

3º—Desde marzo de 1881 hasta octubre de 1894 existió el matrimonio civil y el divorcio sin disolución del vínculo.

4º—Desde 1894 en adelante, nuestra legislación civil ha mantenido el matrimonio civil y el divorcio absoluto". (Rev. Cit., pág. 196).

En términos generales, nos parece bien hecha la síntesis transcrita y loable el empeño de su autor en metodizar el estudio histórico del asunto, mediante la división en períodos. Sólo nos permitimos, muy modestamente, indicar que, a nuestro juicio, el medio de divorcio llamado "mutuo consentimiento", es de tal importancia que su presencia bien merece iniciar un

período. El 4º período señalado por el Dr. Sol Castellanos llega, entonces, hasta el 6 de marzo de 1902, fecha en que la Asamblea Nacional reconoció como ley de la República el Tratado de Derecho Civil Centro Americano que establecía el divorcio por mutuo consentimiento.

Del 6 de marzo de 1902 hasta nuestros días, corre el período quinto y último de la historia del divorcio en el país, caracterizado por el mutuo consentimiento.

CAPITULO IV

DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO EN GENERAL

1—Método a Seguir Para la Formación de Nuestro Concepto. 2—Razón de las Causales. 3—Noción. 4—Dos Tipos de Causas. 5—Razón de los dos Tipos de Causas. 6—Causales "Sine Culpa". 7—Criterio de Nuestro Legislador. 8—Criterio del Derecho Canónico al Respecto.

1)—Método a Seguir Para la Formación de Nuestro Concepto.

Decir que son causas de divorcio aquellas que el legislador reconoce por tales, es cosa que no satisface. En verdad que si la ley reconoce a ciertos hechos una entidad tal como para llevarlos a la categoría de causales de divorcio, es porque estos hechos, intrínsecamente, tienen algo que va contra la vida conyugal.

Por otra parte, habrá hechos que, yendo intrínsecamente contra la institución del matrimonio, no llegan a ser reconocidos por la ley como causales de divorcio, ya por su poca importancia, ya por la poca frecuencia con que se dan entre nosotros, ya porque nuestro ambiente vería con malos ojos que se elevaran a dicha categoría, ya porque, sencillamente, el legislador no haya reparado en ellos.

Por donde se concluye que un criterio excesivamente objetivo, resulta inútil, y un concepto exclusivamente substancial, imposible. Hemos de tomar, pues, un medio entre ambos extremos, estudiando —globalmente, por de pronto— los hechos que nuestra ley reconoce actualmente como causales de divorcio, para extraer de ellos un concepto que, forzosamente, ha de remitirse a la ley misma para tener alguna validez científica.

2)—*Razón de las Causales.*

Hemos repetido con insistencia, porque es una premisa de que no se puede prescindir, que la sociedad entera y, en consecuencia, el Estado, que es su expresión político-jurídica, está interesada en la estabilidad de la institución matrimonial, pues ella le asegura la existencia de la familia, núcleo indispensable: Siendo así, siendo que el divorcio se acepta como una solución para casos extraordinarios, como un mal impuesto por la necesidad, y no en calidad de disolvente de matrimonios bien constituidos, es lógico que no podrá el vínculo matrimonial ser jurídicamente extinguido por el mero capricho de los esposos, o por su interés únicamente: de por medio están los intereses superiores de la comunidad social. Para evitar el abuso del medio —ya que el abuso de los medios de todo orden parece ser inclinación humana— el legislador ha tenido que fijar taxativamente los hechos que pueden dar origen a la disolución del vínculo conyugal. Estos hechos constituyen las causas o causales de divorcio.

Se pretende que sólo se disuelvan aquellos matrimonios en que la vida conyugal o es prácticamente imposible o de una inmoralidad tal que puede causar, con el ejemplo, perjuicios más graves en el hacer social con su existencia, que con su extinción. Por donde se advierte que los hechos que pueden dar origen al divorcio, han de ser hechos de gravedad jurídica o moral.

Mas, como sería injusto obligar a cónyuges que no tienen culpa alguna en la existencia de estos hechos, a concluir con su vida en común, quizá digna y ejemplar, se hace menester otro requisito para constituir la causal: que el hecho mismo, o su antecedente ilegal o inmoral, haya sido voluntario de uno o ambos cónyuges.

3)—*Noción.*

Así, llegamos a la conclusión de que las causales de divorcio son *hechos voluntarios de uno o ambos cónyuges, o resultantes lógicos de esos hechos voluntarios, cuya ilegalidad o inmoralidad graves han sido reconocidas por el legislador como de poder suficiente para disolver el vínculo matrimonial.*

Peca este concepto, quizá, de excesiva longitud. Y por ello no constituye una definición. Al menos, nuestro intento no ha sido el de definir.

4)—*Dos tipos de Causas.*

Distinguimos entre *hechos voluntarios de uno o de ambos cónyuges, y resultantes lógicos de esos hechos voluntarios.* Un análisis somero de la naturaleza de las causas reconocidas por el legislador en este Art. 145 C., nos hará ver, con mayor claridad, la razón de esta diferencia.

Por razón de su inmoralidad intrínseca —o de intrínseca ilegalidad— son causales de divorcio las señaladas en este artículo como 2ª, 3ª, 4ª, 7ª, 9ª y 10ª.

Como *resultantes o consecuencias* de hechos ilícitos o inmorales, citamos las causas 1ª y 8ª.

En realidad, no podríamos afirmar que "la preñez de la mujer por consecuencia de relaciones ilícitas anteriores al matrimonio, ignoradas por el marido" sea, en sí misma, un hecho ilícito o inmoral. Es un hecho biológico, natural, casi inevitable. El hecho ilícito o inmoral es anterior a la preñez misma: es su antecedente, su generador. Y lo que el legislador sanciona de este modo, no es sólo el hecho de que la mujer haya tenido relaciones íntimas con otro hombre, anteriores al matrimonio, sino también el haber ocultado cosa de tanta importancia a su cónyuge, antes de contraer nupcias, pues esto sólo quizá habría bastado para que el actual marido no se casara con la ofensora. En tal ocultación hay un engaño doble. Doble, pues tiene un aspecto moral y otro económico. Dentro de nuestro medio, la generalidad de los hombres espera en su futura esposa una mujer de absoluta castidad, de antecedentes inmaculados. Por otra parte, el hijo que esa mujer lleva en sus entrañas, vendrá a ser "hijo legítimo" de quien biológicamente no es su padre, y a ocasionar a éste los deberes morales y económicos que la ley impone a los padres legítimos.

"El haber sido condenado cualquiera de los cónyuges, por delito común, a la pena de presidio u otra más grave, causal 8ª, tampoco es, en sí misma, un hecho ilícito. Esa condena es, por el contrario, una imposición de la ley, la sanción de que se vale el Estado para restablecer un orden jurídico violado por un hecho anterior: el delito. La condena es legal y justa. Lo ilegal y lo injusto es su antecedente, el delito.

5)—Razón de los dos tipos de Causas.

Mas, se preguntará, ¿por qué esa diferencia de criterio en el legislador? ¿Por qué no sólo se refiere a hechos ilícitos en sí, y no, como lo hace, a hechos que en sí son ilícitos, por una parte, y por otra a hechos consecuenciales de hechos ilícitos?

La fundamental preocupación del legislador es la de tutelar el orden, la paz, la moral, la armonía conyugales, y la de declarar en qué casos considera que este orden, esta paz, esta moral, esta armonía han sido violados en forma tal, que su violación hace imposible e inconveniente la vida en común de los esposos.

Vistas así las cosas, no extrañará a nadie el doble de mira tomado por los autores de las leyes.

6)—Causales "Sine Culpa".

Hay autores que nos hablan de causales *sine culpa* y señalan, como ejemplos, las 8ª y la 10ª de nuestro Art. 145 C.

Para nosotros, la culpabilidad no siempre ha de buscarse en el hecho que da origen al divorcio; a veces está en la fuente de ese hecho.

Ya vimos como sí existe una culpabilidad —aunque mediata en el caso de la causal 8ª. Respecto a la 10ª, es lógico que si dos cónyuges se separan, lo hacen por algún motivo grave. No siempre será posible determinar la culpabilidad; pero ésta ya es cuestión procesal. El caso es que siempre existirá un móvil grave para la separación. Esto, si no se quiere tomar en cuenta que ya la separación, en sí, es un incumplimiento por parte de ambos cónyuges, del deber de convivencia que les impone la ley; es, pues, un acto ilícito. Nuestra ley reconoce expresamente que puede haber culpabilidad en la causal 10ª, cuando establece que "en caso de separación por un año o más años, ambos cónyuges podrán contraer nuevo matrimonio después de ejecutoriada la sentencia de divorcio, *si en ésta no se declarare culpable a a ninguno de ellos*".

7)—Criterio de nuestro Legislador.

Creemos haber expresado, con alguna exactitud, el criterio de nuestro legislador, el cual no ha cambiado en lo substancial. Hoy, como ayer, son hechos ilícitos o inmorales, o resultantes lógicos de estos hechos, los que nuestro derecho positivo reconoce como causas de divorcio.

Estimamos, por esta inferencia, que si el divorcio por mutuo consentimiento no aparece entre las causales del Art. 145 C., se debe, precisamente, a que no es, en el indicado sentido, una *causal de divorcio*, sino, precisamente, lo contrario: un divorcio *sin causa; siempre dando al vocablo el valor que arriba le asignamos.*

Tendremos más tarde oportunidad de expresar cómo a nuestro modesto entender, el Art. 148 C. y sus consecuencias, constituyen algo que viene a desvirtuar las intenciones del prístino legislador, y a hacer nugatorias las medidas de prudencia estatuídas por el Art. 145 C.

8)—Criterio del Derecho Canónico al Respecto.

Es oportuno observar que el Derecho Canónico no sigue, en forma exclusiva, este criterio. Como causal de divorcio *ad thorum*, establece la enfermedad contagiosa. Concede el divorcio *guoad vinculum*, con disolución del vínculo, únicamente en dos casos: el de privilegio paulino y el del matrimonio rato no consumado, cuando ambos cónyuges hacen profesión religiosa. En este último caso, como es fácil notar, la causal canónica no sólo no coincide con el concepto que acabamos de expresar, sino que es diametralmente opuesta a él, pues que origina el divorcio un hecho loable, cual es el apuntado.

CAPITULO V

PREÑEZ DE LA MUJER

1—Historia. 2—Elementos y Redacción de la Causal. 3—Fundamento de la Causal. 4—Ilicitud de las Relaciones. 5—Las Relaciones han de ser Anteriores al Matrimonio. 6—Ignorancia del Marido. 7—Supresión Propuesta y Argumentos de la Comisión Revisora.

1)—Historia.

El Art. 150 C., Edic. 1893, establecía:
"El divorcio procederá solamente por las siguientes causas:

1ª—Preñez de la mujer por consecuencia de relaciones ilícitas anteriores al matrimonio, ignorándolo el marido".

El Art. 2º de la Ley de Divorcio de 20 de abril de 1894, modificó muy levemente la redacción del numeral, mas dejó intacto su fondo. Es de notarse que entonces el legislador habló de "relaciones ilícitas *con otro hombre,* anteriores al matrimonio, *ignorándolo el marido*".

Se contempla la posibilidad de que el actual marido hubiese tenido con la mujer relaciones ilícitas anteriores al matrimonio, ignoradas por él mismo. Este caso, más hipotético que de ocurrencia práctica, sería el del loco que durante su enfermedad tuviese acceso carnal a la mujer, y que, al sanar, casase con ella misma.

Las reformas de 24 de marzo de 1900 no tocaron este numeral.

El Art. 18 de la Ley de Reformas de 1902 lo volvió a modificar formal-

mente, y lo dejó como hoy se encuentra, es decir: suprimió, acertadamente, ese dudoso e inelegante gerundio "ignorándolo", para sustituirlo por el exacto participio "ignoradas", que, sobre ser más correcto, es más claro, pues alude exclusivamente *a las relaciones,* y no puede aplicarse *a la preñez consecuente,* como podía aplicarse la voz "ignorándolo".

Además, el artículo a que aludimos borró del texto de la ley la locución "con otro hombre", sin duda por encontrarla carente de utilidad práctica, ya que el caso único en que resultaría posible la ignorancia de las propias relaciones sexuales, por parte de un hombre, es de una especialidad tal que no merece ser contemplado en normas de carácter general. Todavía consideramos que, caso de presentarse la hipótesis, habría de tener la misma solución: no daría lugar al divorcio, dado el espíritu de la disposición que analizamos.

En el proyecto de Reformas al Código Civil preparado por la Comisión que nombró el Poder Ejecutivo el 25 de marzo de 1942, esta causal aparece suprimida. Explica la Comisión su actitud en los términos siguientes:

"La primera causal que trae el Código merece ser suprimida por varias razones. Nuestra vida judicial no registra divorcios que hayan obedecido a ella, lo que pone de manifiesto lo innecesaria que es. Luego, coloca al marido en el caso de rendir una prueba negativa: su ignorancia de la preñez; y, además, crea el problema de la ilicitud de las relaciones anteriores al matrimonio que ocasionaron la preñez de la mujer, problema espinoso cuando se trata de una viuda o divorciada, que se ha casado antes de los 300 días de disuelto el matrimonio anterior".

Adelante analizaremos los argumentos planteados por la Comisión.

2)—Elementos y Redacción de la Causal.

Cuatro son los elementos de esta causal:

1º—Preñez de la mujer;

2º—Que esta preñez se deba a relaciones ilícitas;

3º—Que dichas relaciones sean anteriores al matrimonio; y

4º—Que las ignore el marido.

Para que se estructure la causal, es menester que concurran los cuatro elementos enumerados. Tal se desprende de la redacción que actualmente reza:

"La preñez de la mujer por consecuencia de relaciones ilícitas anteriores al matrimonio, ignoradas por el marido".

3)—Fundamento de la Causal.

El fundamento de esta causa de divorcio es de orden ético-social.

En nuestro medio, el hombre concede mucha importancia para el matrimonio, a la virginidad de la mujer. Al menos, así ha sido siempre: por

desgracia, los últimos tiempos han traído de otros climas rachas de disolución y, en ciertos círculos que debieran dar ejemplo de moralidad, se va concediendo cada día menor importancia a la pureza y a la virginidad de la mujer.

La mayoría de nuestros hombres, al casarse, lo hacen creyendo en la pureza de su futura consorte. Naturalmente, si esta ilusión es defraudada, el hombre sufre grave dolor moral, que acaso amengüe de tal manera su cariño por la esposa, que haga imposible la convivencia armónica.

Sin embargo, el legislador no quiso que la mera falta de doncellez fuese suficiente para ocasionar el divorcio, en vista de que la sociedad tiene interés en la persistencia del matrimonio.

Ahora bien: si tal falta de doncellez se halla agravada por una preñez y por el hecho de haber ocultado la mujer al marido las relaciones ilícitas, la ley encuentra que la decepción del marido tiene una entidad demasiado importante como para desestimarla, y eleva el hecho a la categoría de causal de divorcio.

Así, pues, el fundamento de la causal que hoy nos ocupa, no es otro que la idea social imperante respecto a la castidad de la mujer, y el grave perjuicio moral que ocasiona al marido un hecho que no sólo ha existido, sino que ha sido agravado por dos elementos importantísimos: la preñez y su ocultación.

Hay quienes sostienen que la mera falta de virginidad ignorada por el marido debería ser entre nosotros causa de divorcio. Esta cuestión pertenece más al sociólogo que al jurista. Nosotros, que quisieramos ver restringirse cada día las posibilidades del divorcio, no compartimos tal criterio. Quizá, en vez de que la mujer llegase doncella al tálamo nupcial, consiguiéramos, con esa medida, destruir una considerable cantidad de matrimonios. Por otra parte, es oportuno señalar que *en el plano estrictamente moral,* no habría razón para exigir esa virginidad sólo a la mujer. ¿Por qué no exigírsela igualmente al hombre? ¿No son acaso las mujeres hechas del mismo material humano? ¿Acaso no son de nuestra raza y viven en nuestro clima, sujetas a las mismas exigencias?

El dilema, *en este plano*, se nos presenta claro: igualdad para el hombre y la mujer en la disolución, o igualdad en las costumbres sanas.

Hemos insistido en la locución "*en el plano moral*", porque no queremos, ni podríamos restar su importancia a las costumbres sociales en este punto. Cabe una lenta modificación de ellas, mediante la educación ética y religiosa de los hijos; pero no cabe la ceguera frente a su realidad.

4)—Ilicitud de las Relaciones.

Si las relaciones sexuales anteriores al matrimonio y determinantes de la preñez han sido lícitas, tanto el nuevo marido como la mujer han incurrido en violación de la ley, ya que ésta no permite a la mujer divorciada o viuda contraer nuevas nupcias en tanto no haya dado a luz o, no habiendo disolución del vínculo, o desde que el marido no ha podido tener acceso

carnal a su mujer. (Arts. 151 Nº 1º y 180 C.) Si, burlando estas últimas señales de preñez, no hayan transcurrido trescientos días desde la fecha de disposiciones, se contrae ulterior matrimonio, el nuevo marido ha desechado la protección de la ley y se ha sujetado, *motu proprio*, a las consecuencias del caso.

Además, en estos casos faltaría el móvil filosófico que ha inclinado al legislador a dar a la preñez de la mujer la naturaleza de causal de divorcio. Si la mujer ha obrado lícitamente y su preñez es consecuencia de actos lícitos, mal podría ocasionar en el ánimo del nuevo marido la decepción moral que el legislador ha tomado en cuenta.

Cabe la posibilidad de que la mujer viuda o divorciada tenga relaciones ilícitas con hombre que no sea ni su anterior ni su actual marido, sea durante el primer matrimonio, y en forma adulterina, sea con posterioridad a su disolución y con anterioridad a las nuevas nupcias.

El problema se presenta mucho más complejo cuando el hijo nace dentro de los trescientos días en que el anterior marido pudo tener acceso carnal a la mujer y el hijo es, en realidad, fruto de adulterio, porque, conforme al Art. 196., "mientras viva el marido nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo".

Silvia, mujer de Octavio, adultera con Ticio. De este adulterio queda Silvia en cinta. Al enterarse Octavio, incoa contra ella divorcio por adulterio, y triunfa en sus pretensiones. Pero no entabla querella por ilegitimidad del hijo, de modo que éste, a los ojos de la ley, sigue siendo hijo legítimo de Octavio. Estando la mujer en cinta, contrae matrimonio con Augusto, quien ignora la preñez de su nueva mujer. Posteriormente la descubre, y sabe, por el vecindario, que el hijo que Silvia lleva en las entrañas no es de Octavio, sino de Ticio. En este caso, dijérase que la llave del divorcio de Augusto, se halla en manos de Octavio. ¿No podría Augusto entablar contra Silvia demanda de divorcio basada en la causal primera? Consideramos que sí podría. Al probar que la preñez fué "por consecuencia de relaciones ilícitas", no estaría persiguiendo una declaratoria de ilegitimidad sino, exclusivamente, se encontraría asentado uno de los extremos de su pleito, una de las condiciones o características de la primera causal. Si lo uno implica lo otro en el orden natural de las cosas, no lo implica en el orden jurídico, ya que ambos juicios se ventilarían entre personas distintas: el de divorcio entre Augusto y Silvia; el de ilegitimidad, entre Octavio y el hijo. ¿Que esta solución sería como dejar en manos de Augusto un asunto de mucha entidad atañero al honor de Octavio? No lo creemos. Adelante expresamos nuestras ideas al respecto. Por otra parte, en nuestra hipótesis, el propio Octavio probó el adulterio de su mujer. Más antijurídico nos parecería dejar, como hemos dicho, la llave del divorcio de un hombre en las manos de otro hombre.

A éste llama "problema espinoso" la Comisión de Reformas de 1942, y en verdad que lo es desde dos puntos de vista muy importantes: el del escándalo social y el de la dificultad de prueba que extrañaría el juicio en que se pretendiesen tales extremos. Mas, desde un punto de vista jurídico-sustantivo, creemos dejar señalada una solución aceptable.

5)—Las Relaciones han de ser Anteriores al Matrimonio.

Las relaciones ilícitas sostenidas por la mujer y determinantes del embarazo, han de ser anteriores al matrimonio. Es obvia la razón: si dichas relaciones ilícitas tuviesen lugar dentro del matrimonio, se habría tipificado la causal de adulterio, y ellas darían lugar al divorcio aún cuando no tuviesen por consecuencia la preñez de la mujer.

El caso es mucho más grave, ya que el adulterio es una violación de la fidelidad, objeto y sostén de la vida conyugal, reconocida como obligación recíproca de los cónyuges por todos los pueblos civilizados.

6)—Ignorancia del Marido.

Según se halla redactada la causal, la ignorancia del marido ha de ser *de las relaciones ilícitas* anteriores al matrimonio, *y no de la preñez de la mujer.*

Así, puede el marido no ignorar que la mujer se halla embarazada; pero creer que ese embarazo se debe a matrimonio anterior, siendo, en realidad, consecuente de ilícitas relaciones.

El perdón presunto que estatuye el Art. 147 C., comenzaría a correr no desde que el marido supo la preñez de su consorte, sino desde que tuvo conocimiento que tal estado era proveniente de relaciones extra-matrimoniales que él ignoraba.

Y hay razón para que esto sea así, ya que, según hemos expresado, la causal se basa en el dolor moral que al marido produce el conocimiento de la conducta inmoral de su cónyuge.

Esta ignorancia ha de ser considerada con relación a la fecha del matrimonio, pues si el marido fuera conocedor de las relaciones ilícitas de su mujer, antes de contraer nupcias con ella, el mismo matrimonio obraría como un tácito perdón.

7)—Supresión de la Causal.

Argumentos de la Comisión Revisora.

Dicho hemos dejado que la Comisión Revisora de los Códigos patrios, nombrada por Acuerdo Ejecutivo Nº 38, de 25 de marzo de 1942, propuso la suspensión de esta causal.

De los argumentos que expresó a favor de la supresión, únicamente analizaremos aquí el primero, ya que el segundo es de carácter procesal, de modo que su estudio resulta más oportuno en la 2ª parte de este trabajo, y al tercero nos referimos en el número 4 de este Capítulo.

Veamos, pues, los referidos argumentos:

a) "Nuestra vida judicial no registra divorcios que hayan obedecido a ella (a la 1ª causal), lo que pone de manifiesto lo innecesaria que es".

El hecho de que "nuestra vida judicial no registra divorcios que hayan obedecido a ella", a la causal 1ª, puede, es cierto, interpretarse en el sentido en que lo hace la Comisión, considerando que su presencia en las leyes, si ha sido prácticamente inútil, lo seguirá siendo en lo futuro; es decir, que su no utilidad habla elocuentemente de su falta de necesidad. Aquí la Comisión aplica un principio sociológico, tratando de ajustar las leyes a las necesidades efectivas del núcleo social en que rigen. Convenimos en que a primera vista esto es así; pero creemos que un análisis más detenido puede llevarnos a concluir precisamente lo contrario: que la causal 1ª es, en realidad, necesaria. Veamos por qué.

Como expresamos en el Capítulo XVII de esta tesis, a nuestro ver la inclusión en las leyes salvadoreñas del divorcio por mutuo consentimiento, así como las facilidades que se dieron al divorcio por separación absoluta, han venido a desvirtuar casi totalmente las causales contenidas en el Art. 145 C.

El legislador pretendía que ningún matrimonio se disolviese por divorcio sin que el Poder Judicial, conocedor de los móviles que determinaban a los cónyuges a dar tal paso, pudiese apreciar la gravedad de dichos móviles y la necesidad de que el vínculo conyugal fuese disuelto.

Hoy eso depende del capricho de los consortes, quienes pueden ocultar los motivos de su petición con sólo ampararse en la causal 10ª o pedir el divorcio por separación absoluta.

¿En qué estribará, pues, el total desuso de la causal 1ª, a que alude la Comisión Revisora? A nuestro juicio, en la disparidad, en la oposición de criterios que las sucesivas reformas introdujeron con respecto al divorcio. Porque una de dos: o al Estado le interesa defender el matrimonio y juzgar de la gravedad de los móviles del divorcio, o no le interesa y libra esto al arbitrio de los casados.

Como adelante explanaremos con mayor amplitud este punto de vista, nos limitamos, por hoy, a señalarlo, y a indicar que, efectivamente, urge borrar de nuestra ley uno de los dos criterios: ése ha de ser el que más facilita el divorcio.

Si tal cosa se llevara a cabo, estamos seguros, las causales enumeradas por el Art. 145 C., y con ellas la que hoy nos ocupa, serían necesariamente invocadas por los cónyuges que se encontrasen en los supuestos legales.

Además, el hecho de que no se hayan presentado divorcios conforme a la causal 1ª, si bien hace *improbable* que en lo sucesivo se presenten no lo hace *imposible* y, dada la entidad del móvil, nos parece justo y pertinente que la ley lo comprenda, en previsión de casos que, aunque improbables, son lógicamente posibles.

Cierto que los cónyuges podrían, si no existiese esta causal 1ª, divorciarse conforme a la 10ª, o con base en el Art. 148 C.; pero es de advertirse que en estos últimos supuestos, los efectos de la sentencia ejecutoriada de divorcio serían diferentes, porque faltaría el elemento de la culpabilidad de la mujer, con todas sus consecuencias.

La ley, con su silencio, habría favorecido a la mujer culpable del hecho contemplado en la causal 1ª, declarándola inocente.

El argumento a que nos venimos refiriendo, en el cual basa la Comisión Revisora su iniciativa de derogar esta causal, sería válido, con más o menos rigor, para derogar una ingente cantidad de artículos de nuestra legislación, que están en ella no porque los casos que contemplan sean de frecuente ocurrencia, sino porque, a pesar de su escasa o nula presentación, son posibles y caben dentro de una norma general, la cual norma es también necesaria como parte integrante de la totalidad de una institución jurídica.

8)—Un Problema Particular.

Tal como se halla concebida la causal que hoy nos ocupa, pudiera creerse que también abarca a la preñez de la mujer debida a relaciones ilícitas involuntarias.

Ligia, al atravesar un camino, fué asaltada y violada por unos facinerosos. Ocultó el hecho a su novio Tacio, con quien contrajo matrimonio al mes de la ocurrencia, ignorando ella misma que a consecuencia del atropello había quedado en cinta.

¿Podría Tacio, amparado en la causal primera, obtener el divorcio? La ley no hace discriminación alguna en este sentido, de modo que, aplicándola con rigor literal, el Juez habría de acceder a la demanda del marido. Sin embargo, nosotros consideramos que tal solución sería farisaica y que, más allá de la letra del texto, se encuentra la intención del legislador.

Ya hemos dicho lo que a nuestro juicio son las causales de divorcio y, por ende, al faltar la culpabilidad de Ligia, no habría causal. A esto pudiérase objetar que Ligia es culpable, por cuanto no manifestó a Tacio la ocurrencia; pero, en el caso planteado, ella misma ignoraba su preñez al contraer matrimonio, por manera que sólo ha habido ocultación pudorosa de un atropello y no la maliciosa ocultación que tiende a hacer más grave un acontecimiento culpable, lo cual es, según dejamos expresado, el fundamento filosófico de esta primera causal.

CAPITULO VI

CAUSALES SEGUNDA Y TERCERA: ADULTERIO

"2ª)—El adulterio de la mujer;

"3ª)—El adulterio del marido con escándalo público y con abandono de la mujer".

1—Estudio Conjunto de las Causas 2ª y 3ª 2—Dos Conceptos Legales de Adulterio. 3—El Adulterio en lo Penal. 4—Algunas Definiciones. 5—Obligación Recíproca de Fidelidad. 6—El Mayor Rigorismo para el Adulterio de la Mujer. 7—Criterio del Canónico Respecto al Adulterio. 8—Origen Español de Nuestro Criterio. 9—Independencia Actual de la Mujer. 10—Dos críticas, de paso, a la Comisión Reformadora de 1902. 11—De Nuevo Sobre la Independencia Actual de la Mujer. 12—Intimos Sentimientos de los Cónyuges. 13—¿Hasta Dónde es Válido el Argumento de los Usos Sociales? 14—Introducción de un Hijo Extraño al Hogar. 15—Irrespeto del Hogar Conyugal. 16—Reforma Propuesta en 1942. 17—Nuestra Personal Opinión. 18—Escándalo Público. 19—Abandono de la Mujer.

1)—Estudio Conjunto de las Causas 2ª y 3ª.

El estudio de estas dos causales no puede hacerse por separado. Hay tal concatenación entre ellas, que la lógica menos exigente invita a enfocarlas de consuno.

2)—Dos Conceptos Legales de Adulterio.

En nuestra legislación advertimos dos conceptos de adulterio que, si bien podrían en el fondo considerarse como una sola cosa, no coinciden exactamente. El uno de esos conceptos se halla en el Código Penal, y de él diremos a continuación breves palabras. El otro está contenido en el Código Civil, y será objeto especial de nuestro estudio en este capítulo.

3)—El Adulterio en lo Penal.

No define nuestro Código Penal lo que es el adulterio. Unicamente dice, en el inciso 2º del Art. 388, quienes lo cometen. Reza así dicho inciso:

"Cometen adulterio: la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio".

En todo el resto del Capítulo 1º, Título IX, Libro Segundo, se abstiene de llamar adúltero al hombre que yace con mujer que no sea su esposa, y adúltera a la mujer que yace con hombre casado que no sea su marido.
Usa la ley penal, en el Art. 391, una fórmula paliativa al decir:

"El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo, será castigado con dos años de prisión mayor".

"La misma pena se impondrá a la manceba".

Repetimos: no define nuestra ley penal. Pero, con su actitud, marca un concepto. Se advierte que, al menos para lo criminal, el legislador no ha querido llamar adúltero al casado que yace con mujer que no sea su legítima esposa. Y aún más: no ha querido castigar este hecho cuando es simple: para que constituya delito se requiere que vaya acompañado de circunstancias verdaderamente infamantes para la esposa: el irrespeto del marido al hogar conyugal, o el escándalo público.
Al definir nuestro Código Civil el concepto de hijo adulterino (Art. 360), nos dice que es el concebido en adulterio, "esto es, entre dos personas de las cuales una a lo menos al tiempo de la concepción estaba casada con otra", y no entra a distinguir más, lo que claramente está indicando que el hombre casado que yace con mujer que no sea la suya, es adúltero.

4)—Algunas Definiciones.

Veamos algunas definiciones:

Diccionario de la Real Academia Española, 15ª Edic.:

"Adulterio.—(Del lat. *adulterium*) m. Ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados. 2.—*For.* Delito que cometen la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada".

Ley 1ª, Tít. 17, Part. 7:

"Adulterio es yerro que home face yaciendo a sabiendas con mujer que es casada con otro, et tomó este nombre de dos palabras del latín *alterius et thorus* que quiere tanto decir en romance como lecho de otro, porque la mujer es contada por lecho de su marido, et: non él della".

Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, de Joaquín Escriche:

"Adulterio. El acto de una persona casada que violando la fidelidad conyugal concede sus favores a otra persona; o el acceso carnal que un hombre casado tiene con otra que no sea su mujer legítima, o una casada con otro hombre que no sea su marido".

Diccionario Tecnológico de Jurisprudencia, Economía y Legislación, dirigido por el Dr. Pedro B. Pujol:

"Adulterio.—Violación de la fidelidad conyugal o acceso carnal que una persona casada tiene con otra que no sea su cónyuge legítimo".

5)—Obligación Recíproca de Fidelidad.

En el acto del matrimonio civil, el Alcalde o Gobernador que lo autorice habrá de dirigir a los contrayentes, por disposición expresa del Art. 138 C., inciso último, las siguientes frases:

"En nombre de la República, quedáis unidos solemnemente en matrimonio civil, y estáis obligados a guardaros fidelidad y ayudaros mutuamente en todas las circunstancias de la vida".

Esto de la fidelidad es esencial al matrimonio. No se contraen nupcias —o al menos no debieran contraerse— para lograr la satisfacción de ligeros apetitos.

Ya vimos que, por su naturaleza, el matrimonio es una institución permanente. Implica para los cónyuges el deber de compartir la vida del presente y del futuro, así en el aspecto moral como en el económico, el social, el sexual. Y para aquellos que aún ven en el Derecho Natural un invento teórico del hombre o un resabio de pasados tiempos; para aquellos que en honor a un positivismo ya decadente, niegan la existencia del deber moral y creen sólo en la diosa ley y en sus dictados, aquí está el argumento definitivo: la ley obliga a los esposos a guardarse fidelidad: Art. 138 C. La violación de esa fidelidad es, en suma, una violación de la ley.

No obstante lo dicho, y aún a pesar de la disolución actual de las costumbres, consideramos harto difícil que haya quién se atreva a negar la calidad de inmoral al adulterio y a calificarlo de repugnante, como no sea algún anarquista rezagado y excepcional, de esos que estuvieron de moda a fines de la centuria anterior...

6)—Mayor Rigorismo para el Adulterio de la Mujer.

De la simple lectura de las causales que estudiamos (y de las disposiciones del Código Penal que hemos transcrito), pudiera deducirse que el adulterio de la mujer es, intrínsecamente, mucho más grave que el adulterio del marido.

En efecto, el Código Penal, para castigar al marido que tiene manceba, exige que la tenga en el propio hogar conyugal, o sea con escándalo público; el Código Civil, para considerar como causal de divorcio el adulterio del varón, también exige que éste lo cometa con escándalo público o con abandono de la mujer, circunstancia esta última, de tal naturaleza, que por sí sola basta para constituir la causal 7ª cuando el abandono se prolonga por seis meses.

Nos encontramos, pues, con que el adulterio que llamaríamos *simple* por contraposición al *complejo o agravado,* constituye motivo suficiente para disolver el matrimonio, sólo cuando es la mujer quien lo lleva a cabo. Por el contrario, cuando es el marido quien comete la violación de la fidelidad que la moral y el derecho le constriñen a guardar, no hay causal de divorcio, salvo que a su adulterio agregue cualquiera de esos otros elementos: el escándalo público o el abandono de la mujer.

El adulterio es la causa universal de divorcio: la que acogen, unánimes, todas las legislaciones de los países civilizados. Pero no hay la misma unanimidad respecto a la valorización ética del adulterio del esposo.

7)—Criterio del Canónico Respecto al Adulterio.

En el Derecho Canónico, repútase tan grave la violación de la fidelidad conyugal cometida por un consorte, como la realizada por el otro. Ambas constituyen el mismo irrespeto a la esencia del matrimonio, a la santidad del hogar. Ambas, la misma deslealtad, idéntica traición a la palabra empeñada ante Dios.

Tal gravedad concede la Iglesia Católica a esta causa, que el divorcio se opera por ella aun sin intervención de ninguna autoridad, y de una manera perpetua, toda vez que no sea perdonado o correspondido el adulterio con igual falta por el cónyuge ofendido.

Esta solución es la que adoptan o adoptaban hace apenas unos cuarenta años, los códigos de Francia, Rusia, Portugal, Prusia, Austria, México, Chile, etc. (Dr. Simeón Eduardo—Fragmento de sus Comentarios al Proyecto de Reformas de 1902 al Código Civil. Rev. "Fas et Jus", T. I. Nº 5, pág. 207).

8)—El Origen Español de Nuestro Criterio.

El criterio que nuestra legislación sustenta, proviene del antiguo Derecho Español.

Dice la Ley I., Tít. 17, Part. 7 (de que ya hicimos mención al hablar del concepto de divorcio), lo que sigue:

"Et por ende dijeron los sabios antiguos que maguer el home que es casado yoguiese con otra mujer, maguer que ella oviese marido, que non le pueda acusar su mujer ante el juez seglar por tal razón... E esto tovieron por derecho los sabios antiguos por muchas razones; la una porque del adulterio que fase el varón con otra mujer, non nasce daño nin deshonra a la suya; la otra porque del adulterio que ficiese la mujer con otro, finca el marido deshonrado recibiendo la mujer a otro en su lecho; et demás porque del adulterio que ficiese ella, puede venir al marido muy grand daño, ca si se empreñase de aquél con quien fizo el adulterio, vernier el fijo estraño heredero en uno con los sus hijos, lo que non avernie a la mujer del adulterio que el marido ficiese con otra".

En síntesis, son dos razones, nada más, las que las Partidas aducen a favor del criterio que nos ocupa:

1ª)—Que la mujer no sufre mengua en su honor con el adulterio del marido, y éste, en cambio, queda deshonrado con el de aquélla; y,

2ª)—Que mediante su adulterio, la mujer puede introducir hijo extraño al hogar conyugal, lo cual significaría para el marido una carga económica injusta. (Y mucho más que una carga económica, podríamos agregar: todo un conjunto de obligaciones y deberes morales). El marido, en cambio, no introducirá hijos extraños a su hogar.

Las dos razones se explican en atención a las circunstancias históricas en que se dieron. En su época, sin duda, fueron convincentes. Pero ya nadie podría sostener que la liviandad de la mujer pueda achacarse siempre al marido, de manera que éste viniese a desmerecer moralmente, ni frente a su propia conciencia, ni ante la conciencia social.

9)—Independencia Actual de la Mujer.

Está ya muy lejos la mujer moderna de ser aquella especie de *cosa* que antes era. (Y las Partidas la toman, recordemos, por *lecho* de su marido).

Con el transcurso de los tiempos, la mujer se ha independizado en tal sentido: ha conquistado posiciones inamovibles en todos los órdenes de la actividad; ha demostrado que, con una educación racional, puede entender y hacer todo lo que un hombre hace y entiende.

Ya en 1897, en la Memoria presentada en la sesión de clausura del Primer Congreso Jurídico Centro Americano, el Dr. don Manuel Delgado, que posteriormente formara parte de la Comisión de Reformas al Código Civil (1902) pronunciaba estas frases brillantes:

"El Cristianismo proclamó, entre sus grandes principios, el de la igualdad del hombre y la mujer; pero es tan poderosa, señores, la influencia que el Derecho Romano ha ejercido y ejerce en las legislaciones de los otros pueblos, es tal la resistencia que los hombres oponen cuando se trata de arrancarles los abusivos derechos que se arrogan en las leyes hechas por ellos y para

ellos, que el transcurso de diecinueve siglos no ha bastado para que los Códigos de los pueblos cristianos se conformen enteramente con ese principio de igualdad proclamado por su religión".

10)—Dos Críticas, de paso, a la Comisión Reformadora de 1902.

Es curioso observar que la Comisión Revisora del Código Civil que propuso las reformas que a éste se hicieron en 1902, anduvo tan atrevida en otros respectos como tímida en éste...

El mismo cuerpo de jurisconsultos que encontró aceptable el divorcio por mutuo consentimiento, apenas si hizo una modificación a esta causal; modificación que dió por resultado la existencia de un menor rigorismo, pero no la de una más acendrada lógica.

Antes de la reforma, la causa tenía el numeral 6, y estaba redactada de manera que exigía, además del adulterio, la concurrencia del escándalo público y el abandono.

Lo que hizo la Comisión fué proponer la sustitución de la conjunción copulativa "y", por la disyuntiva "o", con lo cual quedó la causal como hoy está.

¿Respeto grande a la institución del matrimonio? No lo parece. Más bien, respeto a la tradición o a la rutina.

Porque hay aquí, en el fondo, una especie de salvoconducto a los hombres casados para tener mancebas. Mas, ya insistiremos sobre este aspecto. Volvamos, por hoy, a las razones de los "sabios antiguos" en cuyo criterio de autoridad se basó la disposición conducente de las Partidas.

11)—De Nuevo Sobre la Independencia Actual de la Mujer.

Decíamos que la mujer moderna se ha emancipado y que ha demostrado ser tan hábil para la Política o la Química, para el Derecho o las Finanzas, como para la cocina y la calceta. Con todo lo cual decíamos también, aunque tácitamente, que ha asumido su propia responsabilidad, que ha venido a ser dueña de sus pensamientos y de sus actos. Lo que, dicho en otras palabras, significa que si antes hubo relativa razón para hacer al marido responsable de los actos de la mujer —como el padre lo es de los actos del menor, el patrón de los del criado, el maestro de los del discípulo o el dueño de un semoviente de los perjuicios que el animal ocasione— ya no hay tal razón; y que el deshonor o la indignidad de una mujer, no tienen ya por qué manchar la integridad moral de su marido.

12)—Intimos Sentimientos de los Cónyuges.

Se ha tomado en cuenta la lesión de los íntimos sentimientos que la es-

posa infiel hace al marido burlado; pero no se ha dado igual salvaguardia a los sentimientos íntimos de la esposa. ¿O es que ésta no tiene sensibilidad ni amor propio?

¿A qué título se concede al fuero interno del hombre una reverencia que no se tiene para con el fuero interno de la mujer? Prácticamente, la ley obliga a ésta a vivir con el marido burlador, toda vez que él no haya dado origen al público escándalo o haya abandonado a su consorte. Ni siquiera concede a la esposa ofendida, nuestra ley, la noble actitud del perdón. Ya lo observó hacia 1901, cuando aún eran mero proyecto las reformas que se hicieron al Código Civil en 1902, el Dr. Simeón Eduardo.

Lo hizo el Dr. Eduardo con palabras tan claras, que no nos resistimos a la tentación de transcribir.

Dijo:

"...Que la mujer perdone, si quiere; muy libre es para perdonar; pero que la ley la coloque en una situación desigual, nos parece una injusticia. La distinción está fincada en las convenciones sociales; pero en el terreno de la moral y del derecho, es insostenible". (Rev. "El Foro del Porvenir", T. IV, Nº 1, Julio de 1901).

13)—¿Hasta Dónde es Válido el Argumento de los Usos Sociales?

Aquí está la clave de la cuestión: "Las convenciones sociales". Pero veamos hasta dónde esta clave puede reputarse legítima.

Evidentemente, hay y debe haber un paralelismo entre la realidad social y la realidad jurídica; las leyes se hacen para regir en un determinado ambiente, y han de traducir los sentimientos de equidad y moral de ese ambiente, en el tiempo en que se dictan.

El eminente hombre público chileno don Gabriel Amunátegui, escribió en un artículo: "la ley no es tan virtuosa en sí misma sino en la característica modalidad del tiempo en que fué dictada". (Artículo "Alcibíades Roldán, Constitucionalista e Historiador", en Rev. "Atenea", Concepción, Chile, Oct. 1937, pág. 23).

Y no sólo del tiempo, diríamos, sino también de la idiosincracia del pueblo en que se dicta.

Pero los pensamientos y sentimientos de una colectividad, como los de un individuo, pueden ser desviados. La Historia Universal nos brinda acopio de pruebas al respecto. Y, frente a tal desarmonía entre el espíritu colectivo y el Derecho Natural, el legislador se ve constreñido a elegir un extremo. ¿Cuál escoger? La respuesta es diáfana y se impone con la fuerza de las cosas evidentes. Se verá precisado a imponer al grupo social la norma ética, no obstante el desagrado público que ello pueda representar. Lo contrario, ¿no sería rebajar la dignidad de la ley, dando a su *imperium* el asqueroso oficio de alcahuete, la abyecta calidad de cómplice?

Tal es el caso que contemplamos. Dentro de una época, la de don Alfonso el Sabio, y dentro de una realidad social —la España de esa época—, pudieron ser valederas las razones que aducen las Partidas en pro de este favoritismo para con el adúltero; pero ni nos movemos en ese ambiente social, ni vivimos ya en aquel momento histórico. Y, lo que estamos haciendo, es dar cuerpo legal a una de las más palmarias injusticias que hayan podido caber en los códigos.

14)—Introducción de un Hijo Extraño al Hogar Conyugal.

Esta, la introducción de un hijo extraño al hogar conyugal, es la otra razón que las Partidas aducen en pro del tratamiento diverso dado al adulterio según el sexo de quien lo cometa.

La mujer puede introducir hijo extraño al hogar conyugal, si adultera. Es cierto. Mas, preguntaríamos, ¿modifica esto en alguna forma la entidad, la naturaleza del adulterio? No: lo que constituye en esencia esta causal de divorcio, es la violación de la fidelidad conyugal, que hace muy difíciles, cuando no imposibles, la supervivencia del amor y la armonía matrimonial. La fidelidad conyugal queda violada con el mero yacer de uno de los esposos con persona que no sea su consorte, aún cuando de esto no derive consecuencia biológica alguna.

Por otra parte, entre ambos adulterios —el de la esposa y el del marido— no hay diferencia moral alguna. Y ya hemos manifestado nuestra opinión de que, en lo relativo a los derechos de familia, no basta que el legislador obre como un sociólogo, un político o un economista: es menester que lleve a la esfera jurídica las normas éticas.

Escribía el Dr. Simeón Eduardo en 1901 (Fragmento cit., "Fast et Jus", T. I., Nº 5ª pág. 208), lo siguiente:

"No negamos que puede haber diferencia en los efectos del adulterio, según el sexo que lo cometa: pero el delito en si es el mismo, la misma ofensa, aunque lo agraven circunstancias o efectos, según los casos. De lo que se trata es de resolver si la fidelidad, circunstancia esencial para la felicidad del matrimonio, es una ofensa, un motivo de entidad tal, que sea suficiente para el divorcio".

"¿Por qué ha de ser menor la ofensa recibida por la mujer?".

"¿Será que ésta se encuentra moralmente a un nivel inferior al del hombre? Así será, porque aún no queremos dignificarle como le corresponde. Las preocupaciones sociales no son una razón satisfactoria. El hecho es tan ofensivo para el hombre como para la mujer; y de que el delito de ésta traiga consigo efectos o circunstancias que no acompañan al del marido, ¿se sigue lógicamente que el adulterio del hombre no debe producir el efecto que le es natural?".

Salvo algunos detalles de redacción, como ése que hace entender la fidelidad como una ofensa, nosotros suscribiríamos sin vacilaciones el párrafo transcrito arriba.

15)—Irrespeto del Hogar Conyugal.

Otro aspecto de la misma cuestión:

El Código Penal castiga también la mancebía del hombre casado, cuando éste tiene la manceba en el propio seno del hogar conyugal.

Es decir, para la materia penal, ha considerado nuestro legislador que el irrespeto del hogar es una circunstancia de tan grave naturaleza, como el escándalo público, porque, como éste, causa profunda lesión a los sentimientos de dignidad y amor propio de la esposa.

Empero, en materia civil, como causal de divorcio, no se ha hecho reconocimiento alguno de tal circunstancia. Allá, en las normas punitivas, el irrespeto al hogar es tan reprensible como el escándalo social; aquí, en lo civil, se le niega toda entidad.

Hay, evidentemente, una injustificable falta de concordancia lógica. Si, en todo caso, el legislador había de dar al adúltero ciertas facilidades para cometer su desafuero sin incurrir en responsabilidad civil ni criminal, al menos debió tener para ambas materias el mismo criterio rector.

16)—Reforma Propuesta en 1942.

La Comisión nombrada por Acuerdo Nº 38 del Poder Ejecutivo en el Ramo de Justicia, el 25 de marzo de 1942, propuso que la causal 3ª quedase redactada bajo el numeral 2º, así:

"2º)—El adulterio del marido cuando mantiene concubina en su casa conyugal o notoriamente en otro lugar";

Razonó su propuesta en la siguiente forma:

"La causal 3ª se modifica para armonizar el criterio del Código Civil con el Penal en materia de adulterio y para limitar éste a las relaciones del marido, fuera del matrimonio, con el sexo opuesto, que no deben tenerse como tal, mientras no asuman el carácter de un concubinato. Y entonces viene sobrando lo de escándalo público", ya que basta la *notoriedad* de aquellas relaciones para que se afecten seriamente las propias entre los esposos en su vida conyugal".

No da la Comisión explicación alguna sobre el hecho de suprimir el abandono de la mujer como agravante del adulterio del marido e integrante de la causal.

Como se advierte, colocaría esta reforma al varón en condiciones todavía más favorecidas, pues las infidelidades accidentales no le serían tomadas en cuenta.

Cuanto al hecho de substituir la locución "escándalo público" por el vocablo "notoriedad", nos parece sin importancia alguna. El primer concepto, como adelante veremos, no significa cosa diferente.

El criterio de esta disposición, sí armonizaría con el del Código Penal al respecto, ya que la Comisión propuso que el inciso 2º del Art. 388 Pn., estuviese concebido así:

"También lo cometen (el adulterio) el marido que tuviere manceba en la casa conyugal o con notoriedad fuera de ella, y la manceba; e incurrirán en la misma pena".

17)—Nuestra Personal Opinión.

En resumen: exigir que el adulterio del marido, para ser causa de divorcio, vaya acompañado de ciertas circunstancias que no se exigen al adulterio de la mujer, es cometer, por esa inercia pasiva que se llama rutina, una de las más anacrónicas e imperdonables injusticias".

Un profesor de Derecho Civil nos dijo una vez, con certero sentido de la realidad, que en este sentido nuestra ley expresa lo que expresa, sin otra razón que la de haber sido dictada por hombres. Y agregó que, a lo mejor, si hubiesen sido mujeres los redactores de la ley, habríamos visto, en lugar de las citadas, estas otras dos causales de divorcio:

"2ª—Adulterio del marido;

3ª)—Adulterio de la mujer con escándalo público o abandono del marido..."

Y a fe que el absurdo no habría sido mayor que el vigente.

18)—Escándalo Público.

¿Qué debemos tener por *escándalo público?*

Escándalo, en esta disposición, significa lo mismo que en el Derecho Canónico: no tiene el alcance de alboroto, tumulto, inquietud, ruido (acepciones que le da el Diccionario de la Lengua). Aquí requiere decir, únicamente, conocimiento por parte de la sociedad. Tiene el alcance de "Acción o palabra que es causa de que uno obre mal o piense mal de otro". (1ª acep).

No bastará, pues, que a los testigos conste el adulterio del marido: es menester que la sociedad esté enterada, que sea del dominio público el tal adulterio, para que constituya causal de divorcio. No cabe duda de que este conocimiento social de los deslices del marido, agrava el dolor moral y la vergüenza de la esposa burlada.

19)—Abandono de la Mujer.

El abandono, como veremos en el Capítulo X de este ensayo, estriba en el incumplimiento que uno de los esposos hace de su deber de convivencia conyugal. Prolongado por seis meses o más, el abandono constituye, por

sí solo, una causal de divorcio. Como agravante del adulterio del marido, surte efectos desde el primer momento: aunque sólo sea un día de abandono, completa éste la causal tercera.

Es de advertirse que el adulterio del marido, para constituirse en causa de disolución del vínculo, basta cualquiera de las agravantes apuntadas. La causal está concebida en términos alternativos: *escándalo o abandono*, de tal manera que no es menester la concurrencia de ambas circunstancias para que el Juez decrete el divorcio.

CAPITULO VII

CAUSAL CUARTA: ATENTADO DE UNO DE LOS CONYUGES CONTRA LA VIDA DEL OTRO.

1—Historia de la Causal. 2—Objetos de la Reforma de 1902. 3—Fundamento y Naturaleza de la Causal. 4—Alcance de la voz "atentado". 5—Tentativa de Parricidio. 6—Parricidio Frustrado. 7—Homicidio Privilegiado. 8—Delito Imposible. 9—Lesiones. 10—Delitos por Imprudencia. 11—Cómplices y Encubridores. 12—Reforma Propuesta.

1)—Historia de la Causal.

En el Código Civil de 1893 se encontraba redactada esta causal: "2ª)—Homicidio frustrado o tentativa de homicidio de uno de los cónyuges contra el otro". No cambió el número ni la forma de esta causal la ley de divorcio absoluto del año siguiente. En virtud de la ley de reformas al Código Civil, promulgada el 4 de agosto de 1902, el inciso quedó bajo el número 4º y afectó la forma vigente: "Atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro".

2)—Objetos de la Reforma de 1902.

La Comisión reformadora de 1902 no hace referencia en su respectivo "Comentario" a las modificaciones de redacción que introdujo a esta causal. Nosotros consideramos que dichas modificaciones tuvieron por finalidades:

a)—ampliar el contenido del precepto, ya que, como expresaremos adelante, es de mayor amplitud el término "atentado" que las frases "homicidio frustrado o tentativa de homicidio";

b)—lograr una mayor precisión técnica de la terminología; ya que, por regla general, el uxoricidio constituye en nuestra legislación punitiva, el delito de parricidio, y no el de homicidio: (Art. 354 Nº 4º Pn).

3)—Fundamento y naturaleza de la causal.

El fundamento de esta causa de divorcio es el derecho primario que todos tenemos a la vida.

Cónyuge que una vez atenta contra la vida del otro, ha sido impulsado por condiciones psicológicas de mucha fuerza (rencor, odio, celos, etc.) que muy difícilmente se borrarán de su mundo interior: lo más probable, lo casi seguro, es que persistirá en su propósito criminal y, de serle posible, lo llevará a cabo. En estas circunstancias la ley no puede obligar al cónyuge agraviado a continuar la vida en común con su ofensor, sin poner en grave peligro la vida de aquél. Se impone, como precaución indispensable, la separación legal de los casados.

Los actos contenidos en esta causal 4ª son de los comprendidos en el término genérico *sevicia:* constituyen crueldad de uno de los cónyuges hacia el otro. Así, están estos actos comprendidos en las disposiciones del Derecho Canónico, y dan motivo al *divorcio guoad thorum*, que, como hemos visto, deja subsistente el vínculo conyugal.

4)—Alcance de la voz "atentado".

"Atentar", según el Diccionario de la Academia Española, es "intentar un delito, cometer un atentado" (2ª acep.); y "atentado", "delito o exceso grande" (5ª acept.) Por donde se advierte que "atentado" es término que abarca dos cosas diferentes:

a)—intento de un delito;

b)—comisión de un delito.

Las mismas acepciones reconoce el Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escriche:

"Atentar. Emprender o ejecutar alguna cosa contra la disposición de las leyes; y cometer o intentar algún delito grave".

Evidentemente, como causal de divorcio, la palabra "atentado" no puede tener más que el primero de los alcances señalados, es decir, el de intento de comisión de un delito, y no el de la comisión misma, por cuanto el atentado a que se refiere la causal 4ª ha de ser "de uno de los cónyuges *contra la vida del otro*". Si se lograse cometer el delito, la muerte misma de uno de los esposos pondría término al matrimonio, haciendo del todo innecesario el divorcio.

El Art. 3º Pn. nos dice que no sólo es punible el delito consumado: que la ley castiga también el delito frustrado y la tentativa.

Estas últimas son las formas principales que puede adoptar el "Atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro", aunque, como adelante trataremos de demostrar, hay una tercera forma de atentado que, no siendo punible, basta para integrar la causal de divorcio. Nos referimos al llamado "delito imposible" por los penalistas.

Antes de ver estas tres formas criminales, diremos unas breves palabras sobre el delito típico, el uxoricidio, del cual la tentativa y el delito frustrado son, dijéramos, entidades filiales, ramificaciones.

"Son parricidas —nos dice el Art. 354 Pn:... 4º) El que mata a su cónyuge".

El Art. 378 Pn., estatuye en sus dos primeros incisos:

"El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matase en el acto a ésta o al adúltero, o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de seis meses de prisión mayor"... "Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena".

Para el objeto de nuestro estudio, no es menester que entremos a criticar la monstruosidad contenida en la última disposición citada. Basta con que señalemos que ella constituye una excepción al Art. 354 Pn. y que, en consecuencia, la muerte de un cónyuge cometida por el otro será, por regla general, un parricidio y, por excepción, un homicidio privilegiado.

El intento de cometer cualquiera de los delitos, basta para constituir la causal. Y ese intento, como dijimos, puede afectar las características de:

a)—tentativa;

b)—delito frustrado;

c)—delito imposible.

5)—Tentativa de parricidio.

En términos generales, "hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, pero no prosigue en su realización por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento". (Art. 3, inciso 3º Pn.).

Conforme al Art. 46 Pn., a los autores de tentativas se impone una tercera parte de la pena correspondiente al delito intentado. El de parricidio (Art. 355 Pn.), puede tener dos penas:

1ª)—La de muerte, si concurren las circunstancias del asesinato: en este caso, de acuerdo con el Art. 49 Pn., se ha de imponer al culpable la pena de *seis años de presidio.*

2ª)—La de diez años de presidio en otro caso. Corresponden al autor de tentativa *tres años y cuatro meses de presidio.*

No tomamos en cuenta el Nº 2º del Art. 355 Pn., pues a raíz del Decreto Legislativo de 19 de diciembre de 1935, publicado en el Diario Oficial del 30 del mismo mes y año, el Art. 358 Pn. quedó sin mención alguna de circunstancias agravantes, perdiendo así su contenido el Nº 2º del Art. 355 Pn., pues éste hacía referencia a "las circunstancias del Art. 358". El citado Nº 2º fué, pues, tácitamente derogado.

6)—Parricidio Frustrado.

El delito frustrado se encuentra definido en el Art. 3º, inciso 3º Pn.:

Hay delito frustrado cuando los actos ejecutados por el culpable, con el intento de cometer el delito, habrían sido, por su naturaleza, suficientes para producirlo y, sin embargo, no lo producen por causas o accidentes independientes de la voluntad del agente".

Las penas del parricidio frustrado, vienen a ser el doble de las anteriores, en sus respectivos casos: si ocurre alguna de las circunstancias del asesinato, se aplicará la pena de *doce años de presidio;* si ninguna, la de *seis años ocho meses de presidio.*

7)—Homicidio Privilegiado.

El Art. 378 Pn. castiga con *seis meses de prisión mayor* al marido que, sorprendiendo a su mujer en adulterio, la matare en el acto. La pena de la tentativa sería, pues, la de *dos meses de prisión mayor;* y el delito frustrado se castigaría con *tres meses de prisión mayor.*

Los casos que hemos señalado con los números 5 y 6, entrarían, además, en la causal 8ª, de establecerse los hechos en lo penal, porque el haber sido condenado cualquiera de los cónyuges a la pena de presidio, por delito común, es cosa que tiene, ante los ojos de la ley, suficiente entidad como para dar origen a la disolución del matrimonio.

En el caso señalado con el número 7, hay también dos causales; la de adulterio, a favor del marido y contra la esposa: la de atentado, a favor de la esposa y contra el marido.

El llamado "delito imposible", lo trataremos en párrafo aparte.

8)—Delito imposible.

No pena nuestra legislación criminal los llamados "delitos imposibles", ya lo sean por imposibilidad física, ya por imposibilidad moral, pues tales hechos no tienen, en sí, trascendencia antijurídica. Empero, ellos traducen un *animus* criminal, e implican peligrosidad por parte del agente.

Ticio intenta matar a su esposa y, en la creencia de que le suministra una fuerte dosis de veneno, la hace beber bicarbonato de sodio. El bicarbonato no provoca a la mujer ni una leve indisposición siquiera: por eso no lo castiga nuestro Código Penal; pero conocida la intención de Ticio, a nadie puede escaparse que la esposa correrá grave riesgo si continúa viviendo con el marido. En verdad, Ticio ha intentado matar a su esposa, ha cometido *atentado contra su vida* y, aunque no se haya caracterizado ningún delito, no por eso ha dejado de estructurarse la causal que hoy nos ocupa.

El ejemplo propuesto, que hemos referido al parricidio, puede también darse, modificándose al efecto, con relación al delito comprendido en el Art. 378 Pn.; que por comodidad hemos venido llamando "homicidio privilegiado". Idéntico razonamiento sería válido para demostrar la existencia, en este último caso, de la causal 4ª del Art. 145 C.

9)—Lesiones.

Las lesiones pueden ocasionarse con ánimo de matar, o sin él. Si se logra establecer la intención de matar, las lesiones vienen a constituir —en el caso que nos ocupa— homicidio o parricidio frustrado, o tentativa de cualquiera de estos delitos, con lo cual quedaría perfeccionada la causal 4ª de divorcio, conforme a lo que acabamos de manifestar.

Pero el establecimiento del *animus* en juicio suele ser cosa harto difícil, y por ello el legislador se ha visto en el caso de establecer una presunción legal de su existencia (Art. 1º, inc. 2º Pn.)

Si no se conoce con seguridad la intención delictuosa del agente en los casos de tentativa, se ha de estimar que sus actos se dirigían a cometer el delito de menor gravedad entre aquéllos que pudiera presumirse racionalmente que iban dirigidos. (Art. 3, inc. 5º Pn.) Así, el delito queda reducido a la simple categoría de "lesiones" y pierde, por ende, la naturaleza de "atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro", que es la necesaria para constituir causa de disolución del vínculo conyugal.

De esta manera, las lesiones producidas por un cónyuge al otro, no son en sí mismas causal de divorcio; mas, pueden dar origen a la causal 5ª, si son frecuentes, y a la causal 8ª, si al hechor se impone la pena de presidio.

Se nos ocurre que la ley pecó aquí por excesivo formulismo, por inmoderada exigencia de prueba. Las mismas razones que hay para impedir que continúen la vida en común el que comete atentado contra la vida de su cónyuge y éste, son valederas para separar de su consorte al cónyuge que ocasionó lesiones graves una sola vez. Para los efectos de esta causal 4ª debería, a nuestro juicio, establecerse la presunción contraria a la contenida en el Art. 3º, inc. 5º Pn.: debería presumirse que el que ocasiona lesiones graves a su cónyuge intenta matarlo.

10)—Delitos por imprudencia.

Hemos visto que la razón de ser esta causal 4ª, es el peligro constante en

que viviría el cónyuge ofendido si continuase cohabitando con su ofensor. La ley desprende este peligro de la propia intención del hechor, de aquí que, cuando ésta falta, y aunque haya delito (que sería delito por imprudencia), no se estructure el atentado.

11)—Cómplices y Encubridores.

No sólo son responsables de los delitos, nos dice el Art. 11 Pn., los autores, sino también los cómplices y encubridores.

Son cómplices los que, no siendo autores, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos (Art. 14 Pn.), y son encubridores los que, sin participar como autores ni cómplices pero teniendo conocimiento de la perpetración del delito, intervienen con posterioridad aprovechándose de sus efectos y ocultando a las autoridades la existencia del delito o al delincuente.

Nos preguntamos si la causal 4ª del Art. 145 C. abarca únicamente a los autores del atentado, o si puede hacerse extensiva a los cómplices y aún a los encubridores de delitos frustrados o tentativas de delito contra la vida de su cónyuge.

El cómplice es un cooperador evidentemente malicioso en la comisión del delito. El encubridor es un hombre sin escrúpulos que pretende sacar provecho personal de un crimen ya cometido.

Dados los principios que ya sentamos al hablar de la naturaleza de la causal 4ª, somos de parecer que la complicidad de uno de los cónyuges en delito tramado contra la vida del otro, es causa suficiente para el divorcio. La *intención* que caracteriza a la participación del cómplice, basta para que podamos hablar de *atentado,* y el peligro en que, en lo sucesivo, ha de vivir el cónyuge agraviado, merece la conjuración que se persigue mediante el divorcio.

No podemos decir lo mismo respecto a los encubridores, cuya intención y cuyo interés no se hallan directamente ligados con la comisión del delito, puesto que son posteriores a él.

12)—La Reforma propuesta.

La Comisión Revisora de los Códigos, nombrada en marzo de 1942 por el Poder Ejecutivo, propuso la reforma de la causal que nos ocupa, asignándole el Nº 3º, en los siguientes términos: "3º)—Atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro, de los hijos de ambos o de los hijos de sólo uno de ellos". En la parte pertinente de la exposición de motivos, razonó así su propuesta: "La causal 4ª se amplía, porque es bastante obvio que no únicamente el atentado contra la vida del cónyuge es motivo para el divorcio, sino el que se cometiere contra los hijos comunes de los casados o contra los hijos de uno de ellos en el caso de haber existido un matrimonio anterior, en lo que atañe a alguno de los esposos".

Estamos en este extremo de acuerdo con dicha Comisión. Disentimos en cuestión de forma, porque, a nuestro juicio, la redacción propuesta, gramaticalmente, sólo abarca los casos en que uno de los esposos cometiere atentado contra el otro cónyuge o contra todos los hijos comunes, o todos los propios, o todos los de su consorte, cuando es evidente no haber sido tal la intención de los juristas comisionados.

Al razonamiento hemos de hacerle dos reparos. Dice que "es obvio que no únicamente el atentado contra la vida del cónyuge es motivo para el divorcio", y nosotros consideramos lo contrario: que es obvio que sólo ese atentado es motivo para el divorcio, porque la ley no establece otro. Se quiso expresar —nos parece— que los atentados contra alguno o algunos de los hijos, comunes o no, *por tener suficiente entidad moral*, deberían ser causas de divorcio. Y, precisamente, por eso se propuso la reforma, cuya esencia consideramos acertada.

El otro reparo es el siguiente: se quiso especificar mucho y se especificó demasiado, porque la parte final del razonamiento que nos ocupa, da a entender que la causal sólo tendría aplicación cuando se atentase contra hijos legítimos que uno de los cónyuges hubo de anterior matrimonio. Y no creemos tan restringido el propósito de los miembros de la Comisión.

CAPITULO VIII

CAUSAL QUINTA: GRAVES OFENSAS... ETC.

1—Término Genérico: Sevicia. 2—Naturaleza y División de la Sevicia. 3—Historia de la Causal. 4—Graves Ofensas o Frecuentes malos Tratamientos de obra. 5—No se trata de dos Causales distintas. 6—De las Ofensas. 7—Gravedad de las Ofensas. 8—De los malos Tratamientos de Obra. 9—Frecuencia de los malos Tratamientos. 10—Propuesta de la Comisión Revisora de 1943. 11—Críticas a la Reforma propuesta.

1)—Término Genérico: Sevicia.

Bajo el nombre genérico de *sevicia* son conocidos en doctrina las ofensas, violencias y malos tratamientos que a las veces se dan los cónyuges entre sí.

Define don Joaquín Escriche, en su famoso Diccionario, el término sevicia, diciendo que es "la excesiva crueldad; y particularmente los ultrajes y malos tratamientos de que alguno usa contra una persona sobre quien tiene alguna potestad o autoridad".

2)—Naturaleza y División de la Sevicia.

El Derecho Canónico la divide en mera sevicia y sevicia atroz. La primera consiste, según el decir de don Luis F. Borja ("Estudios sobre el Código Civil Chileno", T. III, párr. 348), en "Continuas injurias graves que uno de los cónyuges infiere al otro". La segunda, en "maltratos continuos que pongan en peligro la salud y la vida de la mujer" —o del hombre, agregaríamos. (Id. Id.)

En el Derecho Canónico, la sevicia es causal de divorcio *quoad thorum et cohabitationem*. Esta causal es reconocida por casi todos los países cultos, y no podía ser de otro modo, pues que la sevicia va directamente encaminada contra la paz y el amor hogareños, en que se asienta la convivencia matrimonial.

Ambas formas de sevicia tienen la misma esencia: la crueldad. Pero, en tanto, la mera o simple sevicia es ejercida contra el cuerpo, la atroz lo es contra el alma: hiere al ofendido en sus sentimientos íntimos, su dignidad, su orgullo, su educación.

Debido a esta identidad de esencia entre las dos formas de sevicia, nuestro Código Civil comprende dos hechos diferentes en un solo número del Art. 145 C.

3)—Historia de la Causal.

Muy breve es, entre nosotros, la historia de esta causal.

El Código Civil de 1839 la redacta así:

"3ª)—Graves ofensas y frecuentes malos tratamientos de obra entre los esposos".

Por la ley de reformas de 1902, se dejó esta causal bajo el número 5º, con la redacción que todavía conserva: "5ª)—Graves ofensas o frecuentes malos tratamientos de obra".

Es de advertirse que antes, para que se estructurara plenamente la causal, era menester la concurrencia de las dos formas de sevicia: la simple y la atroz. El legislador de 1902, considerando sin duda que cualquiera de los dos hechos —ofensas graves y malos tratamientos— acusaba idéntico desamor y la misma falta de armonía conyugal, determinó que cualquiera de ellos fuese bastante para dar origen a la disolución del vínculo.

Suprimió el legislador de 1902 la locución "entre los esposos" con que concluía la redacción anterior, por ser impropia e innecesaria e inducir a errores de interpretación. Impropia, pues "esposos" son quienes han celebrado esponsales, y no quienes han contraído matrimonio. Innecesaria, porque a nadie se le ocurriría que pudiese disolverse un matrimonio por actos de crueldad ejercidos sobre uno de los conyuges, por un tercero.

Inducía a errores de interpretación, por cuanto, gramaticalmente, la locución "entre los esposos" puede interpretarse de dos modos: como reciprocidad de malos tratos, o como simple existencia de los mismos. Y aún cuando la ley se refería a esta última, dejaba a la listeza de la tinterillada criolla, la puerta de escape de la otra interpretación.

4)—Graves Ofensas o Frecuentes Malos Tratamientos de Obra.

Dos hechos diferentes, e independientemente el uno del otro, son los que integran la causal.

Por un lado, las ofensas.

Por otro, los malos tratamientos de obra.

La Honorable Cámara de Tercera Instancia de lo Civil, en sentencia pronunciada el 14 de septiembre de 1939, que aparece publicada en la Revista Judicial de dicho año, a la página 525 sienta la siguiente doctrina:

"El Nº 5º del Art. 145 C. contiene dos causales de divorcio: 1ª)—graves ofensas de un cónyuge para el otro; y 2ª)—frecuentes malos tratamientos de obra. Si no ha podido prosperar una acción de divorcio fundada en la segunda causal, sí puede admitirse la acción y declararse el divorcio, apoyada aquélla en la primera causal, si los hechos, por su naturaleza e intensidad, constituyen *ofensas graves,* aunque no tengan el carácter de frecuentes".

5)—No se trata de dos Causales Distintas.

Aunque en las conclusiones estamos de acuerdo con la Honorable Cámara, nos atrevemos a hacer a esta doctrina un reparo que quizá no sea simplemente terminológico: el Nº 5 del Art. 145 C., *no contiene dos causales de divorcio:* enumera las dos formas, los dos hechos por medio de los cuales la crueldad de uno de los esposos puede trascender al mundo exterior y caer así dentro de la esfera jurídica. La causal es una sola: la sevicia. Pero ésta tiene, como hemos visto, dos medios de expresión: la injuria y el maltrato.

Si aceptásemos el criterio de la Honorable Cámara, tendríamos que concluir en que el legislador obró mal colocando dos causas de divorcio en un mismo número, y que es pertinente separarlas, dándoles en la ley números distintos.

Pero no es así. La historia misma de la causal nos está diciendo que, a través de las ofensas y los maltratos, —meras manifestaciones— el legislador veía una realidad subjetiva de grave naturaleza: la sevicia. No le interesaban los hechos en sí: le interesaba lo que estos hechos dejaban traslucir. Si más tarde el legislador dejó de exigir la concurrencia de ambos hechos, fué, como hemos dicho, porque le pareció que cualquiera de ellos era suficiente para acreditar la crueldad del hechor. No trató de establecer dos causales diferentes, sino de facilitar la prueba de una causal.

6)—De las Ofensas.

Según el Diccionario de la Academia Española, ofender vale tanto como "Hacer daño a uno físicamente, hiriéndole o maltratándole. 2.—Injuriar de palabra o denostar. 3.—Fastidiar, enfadar y desplacer".

De las tres acepciones señaladas, nuestro Código se ha quedado con la segunda. La primera acepción se halla comprendida en los "malos tratamientos de obra", y la tercera, que es la que empleamos cuando decimos "este olor me ofende", resulta manifiestamente inaplicable.

Las ofensas se infieren generalmente de palabra. Son injurias o calumnias,

que tienden a lesionar la dignidad o el amor propio de las personas. Mas cabe también la posibilidad de ofender de hecho, como sería el caso del marido que, por ofender a la mujer, la inscribiese en la lista de prostitutas que lleva la Dirección General de Sanidad para los fines de vigilancia profiláctica.

La Honorable Cámara de 3ª Instancia de lo Civil, en sentencia que a ponencia del Dr. don Félix Antonio Gómez pronunció el 15 de diciembre de 1939 (Rev. Judicial, 1939, págs. 593 a 604) manifestó que "es innegable que las ofensas graves como causal de divorcio, equivalen a injurias graves, consideradas como delitos por los Arts. 410 y 411 Pn."

Sin negar lo anterior, nos parece del caso hacerle un respetuoso reparo: restringe demasiado el concepto de "graves ofensas". No vemos razón para que éstas no abarquen también el delito de calumnia, definido por el Art. 405 Pn. como la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, cuando tal calumnia constituye delito grave. Las mismas razones que hay para que las injurias graves se consideren como "graves ofensas" en materia de divorcio, militan para dar esta calidad a las calumnias graves.

7)—Gravedad de las Ofensas.

Para que las ofensas constituyan causa de divorcio, es menester que sean graves.

La ley no da al Juez una pauta para estimar la gravedad de las ofensas: deja esta calificación al recto criterio y buen tino de los funcionarios.

¿A qué ha de atender el Juez para determinar la gravedad de las ofensas? Esta es pregunta que no admite respuesta absoluta: en vista de cada caso, el Juez hará su determinación. Sin embargo, creemos posible formular algunas normas de carácter muy general, que ayudarán a la calificación de las ofensas.

1ª)—Ha de atenderse al ambiente en que viven los cónyuges. En el ambiente de nuestros mesones se tolera, en el trato habitual, una serie de expresiones que entre gente culta constituyen muy graves injurias.

2ª)—Ha de atenderse a la cultura y posición social de los cónyuges: más finura se exige siempre al más culto, y si éste desciende a vulgaridades, es por móviles poderosos, lo que hace concebir la idea de que es grave el desafecto reinante en el hogar culto en que se dan esas ofensas.

3ª)—Ha de atenderse al *animus*, a la intención con que se profieren las palabras o se realizan los hechos ofensivos. Hay quienes lesionan los sentimientos de las personas *animus iocandi*, y aún cuando todas las apariencias pudieran inducir a creer en la existencia de injurias, el Juez, en este caso, debe desestimar el divorcio, ya que las palabras o los hechos no acusan sevicia.

4ª)—La ley no exige, con respecto a las ofensas, la frecuencia. Sin embargo, a nuestro juicio, y como regla general, la frecuencia o la mera insistencia o repetición en las injurias, ayudan a determinar la sevicia. Ofensas aisladas

pueden constituir la causal; pero lo más frecuente será que tales ofensas aisladas no indiquen sino desequilibrios pasajeros del causante: tampoco entonces procedería el divorcio, por la carencia o debilidad de conciencia con que se profieren las injurias.

5ª)—Ha de precaverse el Juez contra la excesiva susceptibilidad de algunas personas —mujeres las más veces— que hacen de simples regaños, insultos crueles. No se puede seguir un criterio exclusivamente objetivo respecto a la gravedad de las injurias; pero tampoco se puede complacer susceptibilidades enfermizas en asunto tan grave como es la disolución del vínculo matrimonial. Este es uno de aquéllos casos —limitados en nuestra legislación— en que el funcionario judicial deja de ser una mera máquina de aplicación de los Códigos. Aquí la ley ha confiado en el sentido moral y jurídico de quienes imparten justicia y, como "nobleza obliga", el funcionario ha de procurar cumplir ese elevado deber con amplitud de conciencia, armonizando, en lo posible, los aspectos objetivo y subjetivo de la ofensa, para calificarla de grave o simple.

En la Revista Judicial de Julio de 1931, en la página 388, aparece una sentencia cuya síntesis doctrinal dice:

"No es causal de divorcio una injuria grave, tanto más si fué proferida en estado de ebriedad. Las ofensas graves deben inferirse con plena conciencia y han de ser tales que por su naturaleza o repetición hagan presumir la extinción del afecto entre los cónyuges".

La sentencia fué dictada por la Honorable Cámara de Tercera Instancia con fecha 28 de julio de 1931.

Consideramos que una injuria pronunciada en estado de ebriedad, no acusa sevicia, por cuanto la voluntad está harto debilitada por el abuso del licor.

8)—De los Malos Tratamientos de Obra.

Hemos dicho ya que los malos tratamientos de obra son de orden físico: se ejercen sobre el cuerpo de la víctima, y no sobre su espíritu.

Respecto a los malos tratamientos, no exige la ley que sean graves. Exige que sean frecuentes.

Bofetadas, puntapiés, lesiones, encierros, torturas materiales, integran este aspecto de la causal que nos ocupa.

El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro (causal 4ª) es también una forma de sevicia, como ya hemos dicho; pero si las lesiones causadas por un cónyuge al otro no han sido con el ánimo de quitar a éste la vida, no se integra la causal 4ª. Ni se integra tampoco la 5ª, salvo que las lesiones sean frecuentes.

Consideramos que los malos tratamientos *graves,* aunque no sean frecuentes, implican una crueldad digna de tomarse en cuenta como para elevarlos a la categoría de causal de divorcio.

9)—Frecuencia de los Malos Tratamientos.

La frecuencia de estos malos tratamientos de obra, también ha de ser apreciada por el Juez. Es cosa que la ley ha dejado a su prudente arbitrio. Esta frecuencia se halla también relacionada con la gravedad de los malos tratamientos: si éstos son leves, *frecuencia* significará muy poco lapso entre hecho y hecho; a medida que los malos tratos se agravan, el Juez ha de ser menos exigente respecto a la extensión de tales lapsos, ya que, de lo que se trata en el fondo, es de ver si la crueldad que un cónyuge ejerce contra el otro, pone a éste en peligro de su salud o de su vida, y si es posible o no la convivencia armónica de los esposos.

10)—Propuesta de la Comisión Revisora de 1943.

La Comisión Revisora de 1943, bajo el Nº 4º, redacta la causal en esta forma:

"Injuria grave, trato cruel y malos tratamientos de obra, si con éstos peligra la vida del cónyuge que los sufre o se hace imposible la paz y el sosiego domésticos".

En la exposición de motivos, los juristas revisores asientan estos dos párrafos:

"La causal 5ª vigente habla de "graves ofensas", las que, conforme al Pn., se llaman "injurias". Es por eso, que la Comisión adopta mejor este término jurídico, el cual abre una mayor amplitud al criterio del Juez, para juzgar de la procedencia del divorcio en la apreciación de la gravedad de la ofensa que implique la injuria. Además, se emplea la palabra, así, en singular, porque en muchos casos basta un único hecho de esa naturaleza para hacer insoportable la vida conyugal.

"Los malos tratamientos de obra bien pueden ser un motivo para el divorcio, aunque no sean frecuentes, como si, cada vez que hubieran ocurrido, aunque no con frecuencia, hubieran puesto en peligro la vida del cónyuge, víctima de ellos. Es el criterio del Juez el que ha de apreciar los hechos en este caso como en el anterior".

11)—Críticas a la Reforma Propuesta.

No es feliz la reforma propuesta. Amerita objeciones tanto de fondo como de forma, y abundantes. Empezaremos por las primeras:

a)—"Injuria" es "toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona", según definición del Código Penal (Art. 410 Pn.) Pero aunque la definición, como tal, pudiese abarcar la imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, pues con ella la persona imputada sufre deshonra, descrédito o menosprecio, tal imputación *en ningún caso constituye delito de injuria:* si es verdadera, no "exime de la pena", como dice el Art. 409 Pn., sino que *no constituye delito alguno;* si es falsa, la imputación integra la figura delictiva llamada *calumnia,* definida por el Art. 405 Pn.

Si Ticio hace la falsa aseveración de que su mujer, Lesbia, ha hurtado o robado fuertes sumas de dinero, ¿no tendría ésta razón para considerarse gravemente ofendida? Nos parece indiscutible que, conforme al texto hoy vigente, Lesbia podría pedir y obtener el divorcio por la causal 5ª. En cambio, conforme al texto que propone la Comisión, no podría, por inexistencia de injuria. Lejos de dar con esta más libertad de criterio al juez, como afirma la exposición de motivos, sólo se lograría restringir, sin fundamento filosófico alguno, el contenido de la causal.

b)—Tal como se redacta la propuesta reforma, la causal constaría de 3 elementos *concurrentes.* Para que el divorcio pudiese decretarse conforme a ella, sería menester que se diesen los tres extremos: "injuria grave, trato cruel y malos tratamientos de obra". No otra cosa indica la conjunción copulativa "y", cuyo fin en la coordinación "viene a ser lo que la operación de sumar en Matemáticas", según puede leerse en la página 290 de la Gramática de la Lengua Española (Nueva edición, reformada. Madrid, 1931, Espasa-Calpe S. A.) Y aún más: para que se diese la causal, no sólo sería menester la concurrencia de los tres elementos, sino también que el último, los malos tratamientos, pusiera en peligro la vida de quien los sufre o hiciera imposibles la paz y el sosiego domésticos.

No se quiso, deducimos de los párrafos copiados de la "exposición de motivos", restringir a muy pocos casos, por exigencia de tantos elementos, la aplicación de la causal 5.

c)—Ya hemos visto en el párrafo marcado con la letra a) que el término "ofensas" es más amplio que la voz "injurias", por cuanto también abarca a la calumnia. Hoy nos queremos referir a otro aspecto de la misma locución "injuria grave", empleada así, en singular, por los juristas revisores. Ellos nos dicen en su "exposición de motivos" que tal expresión "abre una mayor amplitud al criterio del juez, para juzgar de la procedencia del divorcio, en la apreciación de la gravedad de la ofensa que implique la injuria". Sin embargo, no vemos cómo pueda ser así. Para juzgar de la gravedad de las ofensas, conforme a la legislación vigente, no tiene el Juez pauta alguna. A su criterio queda la calificación de la gravedad, sin traba de ninguna clase. ¿Cómo, pues, ampliar esta libertad por ningún rumbo restringida? En cambio, sobre el concepto de "injurias graves", el Art. 411 Pn. da normas que, no obstante ser muy generosas y amplias, son normas a las cuales debe atenerse el juzgador

para calificar la gravedad. El magistrado, pues, que hoy no está sujeto a canon alguno y es en este sentido completamente libre de arbitrio, quedaría sujeto a una disposición taxativa.

d)—El hecho de emplearse en la ley la expresión "injuria grave", en singular, no sería para aplicarse sólo en esos "muchos casos" en que, según la Comisión, "basta un único hecho de esa naturaleza para hacer insoportable la vida conyugal". Sería para aplicarse *siempre que hubiera injuria grave*, dado que la ley no exigiría más para otorgar el divorcio. El Juez no podría decir: "en este caso no basta una injuria grave", porque saldría con ello de sus atribuciones jurisdiccionales para convertirse en legislador.

c)—El segundo término de la enumeración, nada agrega a la causal, porque el "trato cruel" se ejerce, o de palabra (graves ofensas), o de hecho (ma los tratamientos). Como no quiera con la expresión abarcarse toda la sevicia, porque entonces se haría innecesaria la causal que estudiamos en el capítulo anterior, y que la Comisión Revisora también asienta por separado.

Y, para concluir estos apuntes críticos, tres reparos gramaticales:

a)—El inciso debería iniciarse con el artículo "la", por la necesaria correspondencia con el inciso primero que dice: "La ley reconoce como causas de divorcio... Injuria grave, etc." y porque los demás numerales, en su gran mayoría, comienzan también por un artículo determinado.

b)—El verbo *hacer* debería ir en plural, porque se refiere a dos sustantivos: paz y sosiego;

c)—Pero estos términos son sinónimos conforme al Diccionario de la Lengua, y el uso de ambos es una redundancia, vicio que conviene evitar en las leyes.

CAPITULO IX

LA EBRIEDAD ESCANDALOSA Y CONSUETUDINARIA DE CUALQUIERA DE LOS CONYUGES

1—Historia de la Causal. 2—Concepto de Ebriedad. 3—Requisitos de la Ebriedad como Causal de Divorcio. 4—Ebriedad Consuetudinaria. 5—Ebriedad Escandalosa. 6—La Causal es, literalmente interpretada, incompleta. 7—La Causal Admite Interpretación Amplia. 8—Ebriedad y Locura.

1)—Historia de la Causal.

Redacta así el legislador la causal 6ª del Art. 145 C.:

"La ebriedad escandalosa y consuetudinaria de cualquiera de los cónyuges".

Fué establecida esta causal por la Ley de Divorcio Absoluto: no aparece, pues, en las ediciones del Código Civil anteriores a la de 1904, ya que, como hemos dicho, hasta entonces se agregó al Código lo relativo al divorcio. La redacción permanece igual a la originaria, a excepción del artículo "la" con que se inicia, el cual sustituyó a la palabra "por".

2)—Concepto de Ebriedad.

El Diccionario de la Real Academia Española (15ª Edic.) no define directamente la palabra *ebriedad,* mas remite al consultante a la voz "embriaguez", de la cual da dos acepciones:

"1ª—Turbación pasajera de las potencias, dimanada de la abundancia con que se ha bebido vino u otro licor. 2ª—Enajenación del ánimo".

Nuestra ley se refiere a la primera de las acepciones, como tendremos ocasión de ver. Sin embargo, a nuestro juicio, cuando los fundamentos morales de la embriaguez entendida como "enajenación del ánimo" tengan la misma entidad que la ley ha tomado en cuenta para declarar como causal de divorcio el abuso constante del licor alcohólico, el Juez ha de aplicar un criterio más amplio, y tomarla en cuenta como causa eficiente de la disolución del vínculo matrimonial.

4)—Requisitos de la Ebriedad como Causal de Divorcio.

La ebriedad, como causal de divorcio, ha de reunir dos requisitos fundamentales: ser *consuetudinaria*, y ser *escandalosa*. No importa quién de los cónyuges sea el ebrio escandaloso y consuetudinario: cualquiera de ellos da derecho al otro a impetrar la causal. (R. J. Dic. 1912, pág. 556).

4)—Ebriedad Consuetudinaria.

Por Decreto Legislativo de dieciocho de mayo de 1895, se estableció un concepto legal de los términos "ebrio consuetudinario". En efecto, el Art. 1º de dicha disposición reza:

"La persona que ha contraído el hábito de tomar licores alcohólicos, hasta el punto de embriagarse, o sea el ebrio consuetudinario..."

De tal manera que la calidad de consuetudinaria de la embriaguez, consta de dos elementos: del "hábito" de tomar licores alcohólicos, y del llegar por este camino a la embriaguez.

El mismo artículo a que nos venimos refiriendo, continúa:

"Es ebrio consuetudinario:

1º)—El que se embriaga con frecuencia, aunque dilate pocas horas en el estado de embriaguez;

2º)—Aquél cuya embriaguez dure varios días, aunque esto suceda con intervalos de semanas o meses; y

3º)—El que por consecuencia del abuso de bebidas alcohólicas, aunque sea a largos intervalos, esté sujeto a esa especie de enajenación mental llamada "delirium tremens".

¿Es taxativa la enumeración apuntada? ¿No pueden darse, fuera de ella, casos de ebriedad consuetudinaria? Opinamos que no: fuera de ella no hay casos. Entonces, cabría preguntarnos, ¿a qué el legislador define y enumera? Porque la definición tiene por objeto contemplar todos los casos posibles, y si ellos ya están contemplados en la enumeración, una u otra viene a ser innecesaria.

La objeción se destruye fácilmente al analizar el contenido de la enumeración. Hemos visto ya que los caracteres de la consuetudinareidad son el hábito y el exceso embriagante; notamos, en consecuencia, que la *enumeración lo que ha hecho es agregar, por razones de ética y utilidad, algunos casos que en rigor no corresponden a la definición,* pero que conviene asimilar a la ebriedad consuetudinaria: son los casos 2º y 3º. El caso 1º únicamente tiene por objeto evitar dudas, pues, *aunque la embriaguez dure poco,* ha de tomarse en cuenta como consuetudinaria. "Aquel cuya embriaguez dure varios días", aunque no tenga el hábito muy marcado, es ebrio habitual. Así, aunque entre una y otra ebriedad deje transcurrir semanas o meses, la ley lo asimila a la calidad de ebrio consuetudinario. Y el que sufra *delirium tremens,* forma de enajenación mental, aunque sus excesos alcohólicos sean a largos intervalos, es decir, aunque no sea, en realidad, *habitual* en él cometer dichos excesos. Así, lo que no estaba contemplado en la definición, viene a tomar, por virtud de la enumeración, la categoría de lo definido.

5)—Ebriedad Escandalosa.

Aquí hemos de repetir lo que dijimos respecto al adulterio escandaloso del marido, y es que la palabra "escándalo" no ha de tomarse como desvergüenza, desenfreno, alboroto, tumulto, ruido, etc. (que son acepciones que trae el Diccionario de la Lengua) sino como conocimiento por parte de los demás, que induzca a éstos a pensar mal del ebrio. Basta, pues, el conocimiento público, cuya extensión e intensidad corresponderá al juez apreciar a su arbitrio, en presencia de las pruebas, para que esta calidad complete la causal de divorcio. Y el fundamento es lógico: este conocimiento por parte del público, de la ebriedad consuetudinaria de un cónyuge, induce al otro a vergüenza constante, a descrédito y molestias sumas. Sobre las incomodidades que significa el hecho de tener un ebrio en casa, cae el sufrir desprecios y penas en las relaciones sociales.

6)—La Causal es, literalmente interpretada, Incompleta.

Literalmente interpretada, la causal a que aludimos es incompleta, por cuanto únicamente abarca las turbaciones mentales pasajeras, producidas por el abuso de licores, siendo, como es, que las llamadas drogas heroicas producen en el ánimo análogos efectos de enajenación, y pueden ser tan habituales y escandalosas como la ebriedad.

7)—La Causal Admite Interpretación Amplia.

Ya apuntamos nuestra idea al respecto: la causal admite interpretación amplia, y para los casos de toxicomanía a que nos referimos en el párrafo anterior, nos parece que el Juez ha de aplicar ese criterio amplio, concediendo el divorcio por ebriedad, si la toxicomanía reune las características de habitualidad y escándalo.

Los fundamentos éticos vienen a ser los mismos en uno y otro caso: lo insoportable de la vida conyugal con un vicioso, y la vergüenza que ello origina. En cuanto a razones literales, nos parece que en este caso es aplicable el segundo de los conceptos de embriaguez de que habla el Diccionario de la Lengua: el de "enajenación del ánimo", ya que hay una verdadera embriaguez debido al abuso de drogas como la cocaína, la morfina, la marihuana, etc.

8)—Ebriedad y Locura.

Al estudiar el Art. 152 Pr., veremos la relación existente entre la ebriedad y la locura con respecto al divorcio.

CAPITULO X

CAUSAL SEPTIMA: ABANDONO.

1—Historia. 2—Concepto 3—Requisitos Necesarios para que el Abandono Constituya Causal de Divorcio. 4—Voluntariedad. 5—"...Y de hecho..." 6—Imputabilidad a uno solo de los Cónyuges. 7—Por espacio de seis meses. 8—El Abandono es parte de la Causal 3ª. 9—Reforma Propuesta y sus Razones. 10—Críticas a la Reforma Propuesta.

1)—Historia.

Nació esta causal de divorcio, en nuestro país, por ley de 5 de abril de 1900, como un agregado a la causal 11ª de la ley de Divorcio Absoluto de 1894. Rezaba dicha causal 11ª: "Por homicidio en alguno de los hijos". La ley de 1900 a que hemos aludido, la modificó así: "11ª)—Por homicidio en alguno de sus hijos o *por abandonar un cónyuge al otro por espacio de un año*".

Al informar, el 28 de febrero de 1900, sobre el respectivo proyecto de ley, dijo la Corte Suprema de Justicia: "Se trata, en dicho proyecto, de establecer una nueva causal de divorcio, adicionando la causal 11ª del Art. 2º de dicha ley, en esta forma: "por abandonar un cónyuge al otro por espacio de un año". El tiempo propuesto es suficiente para convencerse de que el afecto conyugal se ha extinguido: es, pues, aceptable, la nueva causal; pero también es conveniente suprimir en la fracción 6ª del mismo Art. 2º las palabras que dicen: "y abandono de su esposa"; porque tal como se propone la reforma en todo caso el abandono es motivo suficiente para obtener el divorcio; salvo que la Honorable Asamblea juzgue que en el caso de la causal 6ª no debe aplicarse

el procedimiento propuesto en el proyecto". (Rev. Judicial, T. VI, Nº 2, 1º de Ag. de 1900).

Al promulgarse la ley, quedaron contemplados, en el mismo numeral, dos móviles de naturaleza bien distinta. La Comisión reformadora del Código Civil lo reconoció, sin duda, y, dándole el ordinal 7º, redactó así la causal: "7ª) — El abandono voluntario y de hecho que uno de los esposos haga del otro por espacio de un año". Esta reforma fué puesta en vigor por ley de 4 de agosto de 1902. Por ley de 30 de marzo de 1906, publicada en el Diario Oficial de 16 de abril del mismo año, se redujo de un año a seis meses el lapso necesario para que el abandono fuese causa de divorcio.

Cuando, el 20 de marzo de 1906, la Corte Suprema informó sobre el proyecto de ley respectivo, presentado a la Honorable Asamblea por el Diputado Dr. Dionisio Aráuz, dijo el alto Tribunal:

"Las razones en que el señor Representante Dr. Aráuz funda su proposición son muy atendibles. Los términos que la ley fija para que proceda el divorcio por abandono o separación absoluta, son, en realidad, demasiado largos, y dificulta la disolución legal de un vínculo que en tales casos está de hecho disuelto, pues cuando uno de los cónyuges abandona al otro, cuando ambos están separados en absoluto, es porque falta el amor, base fundamental del matrimonio".

"El divorcio se ha establecido para los matrimonios en que, por motivos graves, la vida común de los esposos se ha hecho imposible, y si se quiere que aquella institución produzca todos sus beneficiosos resultados, debe reglamentarse convenientemente, pero sin poner trabas que en determinados casos la desvirtúan".

Desde 1906 hasta hoy, la redacción de esta causal 7ª no ha vuelto a sufrir modificaciones.

2)—Concepto.

Del "Diccionario Tecnológico de Jurisprudencia, Economía y Legislación", dirigido por don Pedro B. Pujol, tomamos el apunte siguiente, que coincide con la definición que Escriche da en su conocida obra:

"Abandono, 1ª acepción. La dejación o desamparo que uno hace, sea de una persona a quien debía cuidar, sea de una cosa que le pertenece, sea de una acción que había entablado en justicia. De la propia definición se infiere que el abandono es unas veces la dejación de un derecho, y otras el incumplimiento de un deber".

La Real Academia define:

"Abandono. m.—Acción y efecto de abandonar o abandonarse". "Abandonar tr:—Dejar, desamparar a una persona o cosa. 2—No hacer caso de ella".

No hay definición de abandono en nuestro Código Civil; mas en el de Procedimientos Civiles encontramos un indicio de lo que el legislador pudo comprender en este vocablo. En efecto, el Art. 581 Pr., nos habla de un reque-

rimiento personal al demandado por abandono "para que cumpla con la obligación de vivir con el cónyuge abandonado", con lo cual nos da a entender que el abandono consiste en el incumplimiento del deber de vivir con su cónyuge, que hace voluntariamente uno de los esposos.

Cabría preguntarse si para considerar la existencia del abandono fuera suficiente el incumplimiento del deber de cohabitación, si no sería necesario el incumplimiento absoluto de todos los deberes conyugales, inclusive aquéllos de naturaleza económica.

Estimamos suficiente el incumplimiento del deber de cohabitación achacable a uno sólo de los cónyuges, porque este deber es primordial en el matrimonio.

En 1903, la Cámara de 3ª Instancia manifestó, en sentencia que se halla publicada en la Revista Judicial del mes de Julio de ese mismo año, a la página 99, lo siguiente:

"El concepto de abandono como causal de divorcio, comprende no sólo el abandono del domicilio conyugal, sino también el caso de que un cónyuge arroje al otro del hogar dejándolo abandonado a sus propias fuerzas en la sociedad".

Tal criterio nos parece ajustado a derecho. El cónyuge arrojador deja así de cumplir un deber de tal modo inherente al matrimonio —el de la convivencia— que su no cumplimiento hace desaparecer, de hecho, el matrimonio mismo.

3)—Requisitos Necesarios para que el Abandono Constituya Causal de Divorcio.

De los términos en que está redactada la disposición pertinente, se infiere que no siempre el abandono es causal de divorcio. Para serlo, requiere la presencia de ciertos elementos. Ha de ser:

a)—voluntario;
b)—de hecho;
c)—imputable a uno solo de los cónyuges;
d)—por espacio mínimo de seis meses.

Estudiemos por separado estos elementos.

4)—Voluntariedad.

Del concepto que hemos dado respecto a causa o causal de divorcio, vamos a extraer hoy la primera consecuencia. Dijimos que, en el fondo, la causal de divorcio es, o un hecho ilícito o inmoral en sí mismo, o la resultante de un hecho ilícito o inmoral. Por donde tiene el divorcio doble aspecto: por un lado se dicta para evitar el sostenimiento de hogares ficticios; por otro, tiene un carácter semejante al de la pena.

De aquí que, a nuestro modo de ver, la voluntariedad exigida en el abandono como causa de divorcio es la misma a que se refiere el Código Penal, o importa los elementos de *conciencia y libertad.*

El loco o demente que abandonare a su esposa, no podría considerarse como culpable de abandono para los efectos del divorcio, ni éste podría decretarse con base en tal hecho, pues no habiendo conciencia de parte del hechor, tampoco hay voluntad. Consideramos que la prueba de la locura o demencia bastaría para destruir la presunción legal de abandono a que se refiere el Art. 581 Pr., y no podría decretarse el divorcio, aún cuando faltasen los demás requisitos que el Art. 152 C. exige para que la locura de uno de los cónyuges impida la disolución del vínculo matrimonial.

Ticio, militar, vive con su esposa Ligia. Obedeciendo ordenes superiores, trasládase él a otra ciudad. Como su consorte se opone a seguirlo, Ticio hace uso del derecho que le confiere el Art. 183 C., inciso segundo, y deja de subvenir a todas las necesidades de Ligia. En el caso planteado hay abandono, puesto que hay desamparo de la consorte, incumplimiento de los deberes conyugales; pero el abandono no alcanza a constituir causal de divorcio por falta de libertad en la determinación de Ticio. Nosotros diríamos, por el contrario, que ha sido Ligia quien abandonó a Ticio, pues, entre sus deberes conyugales, estaba el de seguir a su marido y, por no cumplir con esta primera obligación, ha dejado de cumplir la fundamental, de convivencia, en forma voluntaria y de hecho.

¿Por qué, para que el abandono constituya causal de divorcio, exigió el legislador que fuera voluntario? Porque el divorcio tiene por objeto la disolución del vínculo conyugal en aquellos casos en que ya no hay mutuo aprecio entre los esposos, ni ánimo de seguirlo siendo. Y cuando el abandono carece de voluntariedad, no puede presumir el legislador la existencia de ese estado anormal.

Volviendo a la sentencia que citamos en la parte final del párrafo 2º de este capítulo, diremos, con relación a la voluntariedad, que cuando un cónyuge arroja al otro del domicilio conyugal, está faltando a sus deberes. Del cónyuge arrojado no se podría decir que "voluntariamente" está faltando a la obligación de vivir con su consorte. Esta voluntariedad sí que se halla en la actitud del cónyuge arrojador, a menos que éste sea loco o demente.

5)—". . . y de Hecho".

El abandono es una omisión, no propiamente una acción. Omisión del cumplimiento del deber de convivencia que involucra el estado matrimonial. Pero, no obstante ser una omisión, el abandono se manifiesta por una acción, sea la de dejar el hogar conyugal, sea la de arrojar de él al cónyuge. La expresión "de hecho" empleada por nuestro Código Civil, parece indicar que el abandono ha de manifestarse por hechos externos que lo hagan visible y verificable. Dada la naturaleza del deber de convivencia, no comprendemos cómo pudiera faltarse a él sin que tal omisión se manifestara por alguno de los hechos

positivos que acabamos de mencionar. Por otra parte, la ley, de cualquiera naturaleza que sea, tiende a regular situaciones con manifestación externa, pues el legislador no podría introducirse al fuero interno de cada hombre para normar sus pensamientos y sentimientos ocultos y sus impulsos volitivos inhibidos. En síntesis: nos parece innecesario que el legislador exija así un requisito que, por la propia naturaleza de la ley, es común a todas las situaciones normadas y, por la propia naturaleza del abandono, no podría faltar aún cuando la ley se abstuviera de mencionarlo.

Pudiera, acaso, estimarse, que la locución adverbial "de hecho" opónese a la expresión "de derecho"; pero es el caso que no existe en nuestra legislación ningún abandono de derecho, ni podría existirlo, porque el abandono es un incumplimiento de obligación, como arriba hemos dicho, y si la ley relevase de la obligación de convivencia (como ocurriría, v. gr., en un divorcio relativo pronunciado en conformidad a leyes anteriores, o en la separación provisional de los casados que ha de decretar el Juez en las situaciones a que se refieren los Arts. 150 C. Nº 1 y 578 Pr. Nº 1), mal podría hablarse de incumplimiento de una obligación que no existe.

En síntesis, y salvo más informada opinión, consideramos que la locución "de hecho" nada agrega a la noción del abandono y, en consecuencia, conviene suprimirla de la causal 7ª.

6)—Imputabilidad a uno solo de los Cónyuges.

La causal dice: "abandono... que uno de los cónyuges haga del otro..." Es, pues, uno el cónyuge que abandona. El otro es abandonado.

Ya hemos indicado que a nuestro parecer el abandono es, en esencia, una omisión. Pero que se manifiesta por hechos.

Distinto el caso de la separación: ésta es un estado, vale decir, un hecho que no se realiza de una vez, sino que permanece y se extiende en el tiempo. Puede ser la resultante de un abandono, entendido éste como el acto con que se inicia la no-convivencia de los cónyuges, y que realiza uno de ellos.

Por esta razón el abandono implica agravio y culpabilidad, y no así la separación absoluta, en que ambos cónyuges se reputan inocentes. (Arts. 151 C., Inc. 7º).

7)—Por espacio de seis meses.

Antes, el abandono, para elevarse a la categoría de causal de divorcio, había de durar, al menos, un año. Vimos ya que en abril de 1906, entró en vigor la disposición que reducía ese término a seis meses. Consideró el legislador que seis meses de no vivir juntos los cónyuges, tenían la suficiente elocuencia respecto a la calidad del hogar que afectaban. Este tiempo ha sido considerado por nuestros juristas como mínimo, aunque la ley no lo manifiesta.

A medida que se alarga el tiempo del abandono, expresan, crecen las razones que inducen a creer que el matrimonio no está bien avenido. Se vigoriza el motivo que el legislador tomó en cuenta para dictar esta disposición.

La jurisprudencia de nuestros tribunales, que en otros puntos no anda muy acorde, en éste mantiene uniformidad.

Reza el Art. 147 C.: "Las causas de divorcio absoluto se extinguen por el perdón expreso o presunto del cónyuge agraviado".

"Se presume de derecho que ha intervenido el perdón, siempre que el cónyuge inocente no haya entablado su demanda de divorcio absoluto dentro de cuatro meses después de haber tenido noticia cierta de aquéllas".

Nuestros Magistrados, con insistencia, han sostenido que el anterior precepto no es aplicable a las causales que se perfeccionan por el transcurso del tiempo y consideran como tales el abandono y la separación absoluta.

Nos referiremos ampliamente a la jurisprudencia del caso al hablar del perdón expreso o presunto, en el capítulo XVI, que titulamos "Extinción de las Causales".

8)—El Abandono es parte de la Causal 3ª.

Vale la pena recordar aquí que el abandono, además de ser, cuando concurren las características señaladas, una causa de divorcio, es *parte* de otra causa; la 3ª; adulterio del marido *con* escándalo público o *con abandono de la mujer.* En este último caso, no debe el Juez exigir al abandono todos los requisitos mencionados atrás. Bastará con que exista y sea voluntario, aunque no se haya consumado por espacio de seis meses o más, pues tiene aquí únicamente la función de agravar el adulterio del marido.

9)—Reforma Propuesta y sus Razones.

La Comisión Revisora nombrada en 1943 propuso la siguiente redacción para este inciso:

"El abandono malicioso y de hecho que uno de los cónyuges haga del otro por espacio de seis meses".

Y en la correspondiente Exposición de Motivos expresó:

"En la causal 7º se ha sustituido el término "voluntario" aplicado al abandono por el de "malicioso". El abandono por seis meses y aún más tiempo, bien puede ser voluntario, sin alcanzar a constituir un motivo de divorcio realmente justo, ya que en más de algún caso, se alcance a estimar que así lo exigían circunstancias favorables al mantenimiento del bienestar en la vida matrimonial, aunque impuesto al cónyuge que se queje de él. La *voluntariedad* que la causal vigente visa, no ha sido otra que la *maliciosa,* a la que se refiere el ilustre comentarista Corzo, al decir: "que el abandono ha de ser emprendido sin causa y mantenido sin objeto".

10)—Críticas a la Reforma propuesta.

A esto objetamos que si el abandono es impuesto por las circunstancias, ya no es voluntario por falta de libertad en la determinación del agente. Así, pues (la crítica al adjetivo "voluntario" es improcedente, y el cambio de este vocablo por el término "malicioso", ni agrega ni quita alcances a la disposición a que nos referimos.

La repetición de la frase adverbial "de hecho", estimamos que es innecesaria, por las razones que hemos señalado en el párrafo 5º de este capítulo.

CAPITULO XI

CAUSAL OCTAVA: EL HABER SIDO CONDENADO CUALQUIERA DE LOS CONYUGES POR DELITO COMUN, A LA PENA DE PRESIDIO U OTRA MAS GRAVE.

1—Historia de la Causal. 2—Se trata de Condena por Delito Común. 3—Fundamentos de la Causal. 4—La Condena ha de ser a Presidio u otra Pena más grave.

1)—Historia de la Causal.

Esta causal fué introducida a nuestra legislación por la ley de reformas al Código Civil, de 4 de agosto de 1902.

Puede afirmarse que no tiene historia en el derecho nacional; no ha sido cambiada una sola coma a su redacción desde que fué establecida la norma.

La Comisión Reformadora de 1902, en el comentario respectivo a esta reforma, no hace mención siquiera de esta causal que agregó a las entonces existentes.

El Dr. Simeón Eduardo, en sus "Comentarios al Proyecto de Reformas al Código Civil", publicados durante 1906 en el "Foro del Porvenir", T. IV, Nº 1, recientemente reproducidos por el Dr. Jorge Sol Castellanos en la Revista "Fas et Jus", nos informa:

"Los códigos español e italiano señalan como causal la condena del cónyuge a cadena perpetua; el ruso, la degradación civil respecto del que ha sido condenado a trabajos forzados o destierro a Siberia; el francés, la pena aflic-

tiva; el chileno, la condenación de uno de los cónyuges por crimen o simple delito; los de Portugal, Sajonia y otras naciones, reconocen motivos análogos...", etc.

Probable es que el reformador de 1902 se haya inspirado en esas fuentes que cita el Dr. Eduardo, para incluir en nuestra ley la causal que nos ocupa; mas, es de lamentarse el silencio que observó al no razonar este punto: su información habría resultado muy valiosa para la historia jurídica salvadoreña.

2)—Se trata de Condena por Delito Común.

Lo primero que advertimos es que aquí la ley se refiere a condena impuesta por *delito común*, por contraposición al delito político.

Ha presumido el legislador, inspirado a este respecto en la doctrina de Garófalo, que el delito común es cosa propia de criminales, en tanto el político lo es de políticos desafortunados, que perdieron la partida en el juego aleatorio de los intereses palaciegos. Todavía consideraron los autores de la ley que los delitos políticos suelen estar inspirados por móviles de bien o mal entendido patriotismo, mas, en todo caso, tienen una génesis noble, mientras los delitos comunes acusan, generalmente, perversidad del agente.

Así y todo, no nos parece bien establecida la diferencia de alcances que, respecto al divorcio, da la ley a ambas clases de delitos. De lo que se trata aquí no es de castigar: si el haber sido condenado uno de los cónyuges a la pena de presidio u otra más grave, se eleva a la categoría de causal de divorcio, es porque la condena hace imposible, por un tiempo muy largo, la vida en común de los esposos, imposibilitando así el cumplimiento de todos los deberes que impone el matrimonio. Y esto ocurre no sólo por la condena que se hace en virtud de un delito común, sino también por la que se pronuncia contra el autor de un delito político.

Por otra parte, bien sabemos —y nuestra historia nacional facilita muy dolorosas pruebas de este aserto—, que móviles bastardos como la ambición de mando o de granjerías, suelen inclinar a los hombres, so pretexto de los más nobles y patrióticos ideales, a la comisión de delitos políticos.

En rigor, dentro de los delitos comunes caben tanto los públicos, que dan lugar a proceder de oficio, como los privados, cuya persecución no procede sino a instancia de parte. Pero la causal 5ª no comprende estos últimos delitos, pues ninguno de los privados que reconoce nuestro Código Penal, es reprimido con sanciones tan graves como el presidio o la muerte.

Los delitos "puramente militares" y los de hacienda, sujetos a fueros especiales, no han de considerarse como delitos comunes para los efectos de esta causal.

3)—Fundamentos de la Causal.

Ya dejamos expresado uno de los fundamentos de esta causal 8ª, el cual es la imposibilidad de que el cónyuge condenado a presidio u otra pena más grave, cumpla, durante mucho tiempo, los deberes inherentes a su estado. Pero esta razón es valedera únicamente para el caso de que haya reo presente y, además, resulta igualmente aplicable al caso del condenado por delito político, que está excluído —sin razón plausible a nuestro ver— de la causal en estudio.

Hay aún otra razón, que es de orden moral. El legislador no ha querido obligar a nadie a llevar vida matrimonial con un ser perverso. Y ya expresamos que, a juicio de los padres de la ley, el delincuente político no es un perverso, sino un fracasado.

Refiriéndose a este último fundamento, escribía el Dr. Simeón Eduardo en el artículo que citamos atrás:

"¿Por qué la Comisión se limitó a los delitos penados con prisión superior u otro más grave? Hay hechos que tienen señaladas penas inferiores y que no por eso dejan de ser un motivo suficiente para la incompatibilidad de la vida común o el ejercicio de la autoridad doméstica, que revelan en el delincuente mucha perversidad".

Este reparo nos hace pensar que la indicada Comisión, para establecer esta causal 8ª, dió preferencia al primero de los fundamentos señalados, probablemente en atención a su mayor objetividad y a la presunción de que el legislador ha penado con mayor rigor los hechos de mayor gravedad.

4)—La Condena ha de ser a Presidio u otra Pena más grave.

El Art. 16 Pn. establece la escala general de penas, tanto principales como accesorias, y no cita sino un castigo mayor que el de presidio: el de muerte.

El Art. 21 Pn. nos dice que al condenado a muerte se le notificará la condena 48 horas antes de la ejecución.

¿A qué, pues, establecer que la condena a muerte sea causal de divorcio, cuando el reo será ejecutado muy pronto, antes de que se pueda pronunciar sentencia de divorcio? La muerte misma del reo pone fin al matrimonio.

El Art.26 Pn. nos da uno de los casos en que la condena a muerte puede originar el divorcio antes de ser cumplida, al disponer que "no se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halla en cinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento".

Otro caso encontramos en el Art. 28 Pn., inciso 1º:

"Cuando por una misma causa y en una misma sentencia se impusiere la pena de muerte a dos o más reos, no todos deberán sufrirla, *aunque todos de-*

berán ser condenados a ella en la sentencia. Si no llegaren a cuatro, la sufrirá uno solo; si llegaren a siete, dos; si no llegaren a diez, tres; excediendo de nueve hasta diecinueve, cuatro; excediendo de diecinueve hasta veintinueve, cinco, y así sucesivamente".

La pena de muerte puede ser conmutada por el Poder Ejecutivo, previos informe y dictamen favorables de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con los Arts. 503 y 506 I; y éste sería otro caso en que la condena a muerte diera lugar al divorcio.

Un salvadoreño que fuese condenado a muerte en país extranjero y lograse fugarse y refugiarse en El Salvador, no podría ser extraditado. Para que la sentencia dictada contra él obrase como causa de divorcio, no sería menester el auto de *pariatis* a que alude el Art. 453 I, ya que ese permiso de la Corte Suprema es necesario para la ejecución de la sentencia, y aquí no se trata de ejecutarla. Sería menester, únicamente, que se probase su existencia en forma auténtica. He aquí, pues, otro caso en que la condena a muerte puede producir los efectos de causal de divorcio.

También darían lugar al divorcio las sentencias a muerte pronunciadas contra reos ausentes, o contra aquéllos que lograron evadirse de la cárcel durante el curso del juicio, o aún después de la condena.

Por lo que a la pena de presidio se refiere, el Art. 16 Pn., reformado por el Decreto Legislativo de 19 de Diciembre de 1935, estatuye que "dura de tres a veinte años, sin perjuicio de la calidad de retención" y se ha de cumplir en los establecimientos penitenciarios. El legislador reservó esta pena para delitos que consideró sumamente graves, pero no merecedores de la muerte.

Inspirada principalmente en el criterio de la escuela clásica nuestra ley penal mira más a la entidad del hecho que castiga, a su naturaleza intrínseca, que a la perversidad y peligrosidad del agente. Esto contesta la pregunta que formula el Dr. Simeón Eduardo en su trabajo citado: ¿Por qué la Comisión se limitó a los delitos penados con prisión superior u otra más grave?"

CAPITULO XII

CAUSAL NOVENA: TENTATIVA O COMPLICIDAD DE CORRUPCION.

1—Sucesivas Redacciones de esta Causal y Razones de la Reforma de 1902. 2—Dos formas de Acción Inmoral. 3—De la Tentativa. 4—De la Complicidad. 5—¿Cabe interpretación extensiva de estos medios de Participación? 6—Complejidad de la Causal. 7—Sujetos Pasivos de la Corrupción. 8—Hijos Emancipados y Mayores de Edad. 9—La Complicidad en la Corrupción. 10—Tentativa del Marido para corromper a su Mujer. 11—Reforma Conveniente.

1)—Sucesivas Redacciones de esta Causal y Razones de la Reforma de 1902.

En la edición del Código Civil correspondiente al año de 1893, la causal que hoy estudiamos se hallaba contemplada en dos numerales, el 7º y el 9º, cuyo tenor era el siguiente: "7ª)—Tentativa del marido *para* prostituir a *la mujer;*"... "8ª)—Tentativa de cualquiera de los cónyuges para corromper a sus hijos, o la complicidad en su corrupción o prostitución".

La Ley de Divorcio Absoluto de 1894 modificó levemente la redacción del Nº 7º, dejando el 8º tal como lo copiamos arriba. El 7º quedó entonces así: "7º)—Tentativa del marido *de* prostituir *a* su mujer".

Sin expresar razón alguna, la Comisión Reformadora de 1902 omitió esta causal. La Corte Suprema de Justicia no dijo nada al respecto en su primer informe emitido el 30 de abril de 1901; pero en su segundo dictamen, fechado el 27 de febrero del año siguiente, propuso la redacción hoy vigente, que fué

aceptada por la Honorable Asamblea. Así, por la Ley de Reformas de 1902, la causal quedó, ya como 9ª, en su forma actual:

"9ª)—Tentativa de uno de los cónyuges para corromper a sus hijos, o complicidad en la corrupción de éstos; o tentativa del marido para corromper a su mujer".

Creemos que influyeron en el ánimo de los señores Magistrados —ya que en su primer dictamen habían pasado inadvertida la supresión de las causales—, las críticas formuladas al Proyecto de Reformas por algunos jurisconsultos de valía, como los doctores Simeón Eduardo y Belisario U. Suárez. El primero de ellos, a este respecto, se expresó así:

"La 7ª (causal), consistente en la tentativa del marido para prostituir a la mujer, no está reconocida sino en algunos códigos: el hecho revela en el ofensor mucha bajeza y, con justo motivo, la mujer no querría llevar vida común con un ser tan despreciable".

La Corte Suprema no se refirió en particular, al proponer la adopción del texto vigente, a las razones que tuvo en mira al refundir en uno los dos numerales anteriores y para trocar verbo "prostituir", que antes empleaba la ley con relación a la mujer, por la voz "corromper", que hoy usa.

Las razones son obvias, y bien hizo el legislador en omitirlas.

Con respecto a la primera cuestión, basta ver que las antiguas causales 7ª y 8ª, hoy refundidas en la 9ª, son de la misma naturaleza: acusan igual perversión del sentido ético y representan, para la sociedad y la familia, idéntico peligro moral.

Con relación al segundo punto, diremos que el legislador quiso dar mayor amplitud a la causa de divorcio, para comprender casos antes excluídos, que tienen el mismo fundamento filosófico y jurídico. Así, el marido que inclina a su mujer al latrocinio, al proxenetismo, al asesinato, es tan execrable y peligroso como el que la induce a la prostitución.

2)—Dos Formas de Acción Inmoral.

Dos formas de acción inmoral contempla este número 9º: por un lado, la tentativa; por el otro, la complicidad. Veamos por separado el alcance que, en esta disposición, tiene cada uno de los términos señalados.

3)—De la Tentativa.

El Diccionario de la Real Academia Española define así la tentativa: "Acción con que se intenta, experimenta, prueba o tantea una cosa".

Por su parte, nuestro Código Penal, en el inciso 4º de su Art. 3º, proporciona la siguiente noción:

"Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, pero no prosigue en su realización por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desestimiento".

¿Cuál de estas nociones es la aplicable al caso que nos ocupa? La primera es de carácter general, es la acepción vulgar; la última es típicamente jurídica; aún más: es legal. Podría, por esto, considerarse aplicable ora el Art. 20 C., que dispone que cuando el legislador haya definido expresamente las palabras para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal, ora el Art. 21 del mismo Código, el cual estatuye que las palabras técnicas de una ciencia se han de interpretar en el sentido que las den los que profesan la ciencia respectiva. Por este camino, sin mucho ahondar, se afirmaría que la voz "tentativa" empleada por el Art. 145 C. Nº 9, ha de entenderse en la segunda de las formas indicadas por dos razones, porque se encuentra definida en la ley y porque es palabra técnica de la ciencia del Derecho y en esa acepción la entienden los juristas.

Sin embargo, no es así. A poco que se medite en el contenido del Art. 20 C., se advertirá que la ley definió la palabra "tentativa" para la materia penal, y no para la civil: que en aquélla habrá de dársele su significado legal, mas en ésta no es aplicable dicho sentido. Por otra parte, la voz "tentativa" es palabra técnica del Derecho Penal, y en esta ciencia sí tiene sentido científico, mas no es voz técnica de Derecho Civil, y en esta disciplina no tiene más acepción que la vulgar, la natural, la obvia. Es, pues, aplicable, el Art. 20 C., en cuanto dispone que "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras".

Bastará, pues, con que el sujeto activo (marido, padre o madre) manifieste por hechos exteriores su intento de corromper al sujeto pasivo (mujer o hijos), para que se estructure la figura *civil* de esta forma de acción contra la moral. Cualquier hecho revelador de tan indignos propósitos basta para integrar la tentativa a que se refiere la disposición en estudio. Por sí solo el propósito, sin manifestación externa, no es suficiente, pues, por una parte, el Derecho no puede entrar a la conciencia de los hombres, y, por otra, el sentido natural y obvio de la palabra "tentativa", involucra la noción de un acto de naturaleza externa.

4)—De la Complicidad.

No exige la ley, para conceder acción de divorcio a un casado, que su cónyuge provea directamente a la degradación moral de los hijos: basta con que el padre o madre descastado, sea cómplice en la corrupción.

También de complicidad nos da el Código Penal una noción. Lo hace en el Art. 14 al declarar que "son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución de los hechos por actos anteriores o simultáneos". Es decir, los que cooperan de una manera indirecta, sea

facilitando los medios materiales para que se cometa la acción punible, sea procurando o favoreciendo las circunstancias propicias al hecho.

La complicidad representa: en el orden psicológico, asentimiento con la realización de un hecho execrable; en el orden físico, realización de uno o más actos, anteriores o simultáneos al hecho, pero nunca posteriores, tendiente, en forma indirecta, a favorecer la comisión del mismo.

Hay un adagio popular, de casi nula aplicación en el Derecho, conforme al cual "hechor y consentidor pecan por igual". Esta fórmula parece adecuada al caso a que hoy nos referimos, por cuanto indica tanta perversidad en una persona al tratar directamente de corromper a sus hijos, como coadyuvar, en forma indirecta, a que sean corrompidos por un tercero.

Para los efectos de esta causal 9ª, basta, pues, que en cualquier forma —directa o indirecta— se provea a la corrupción de los hijos.

9) ¿—Cabe Interpretación Extensiva de Estos Medios de Participación?

Es oportuno hacerse la pregunta que sirve de título a este párrafo, ya que, notamos, la causal 9ª no se refiere expresamente a los que encubren, de un modo u otro, la corrupción de sus hijos.

Pero, ¿es que hay posibilidad de encubrimiento en la corrupción de los hijos?

A nuestro juicio, sí la hay. Y para explanar con más libertad nuestro pensamiento, nos tomaremos la de asentar un paradigma.

Ticio incurre con un hijo de Paulo, en la figura delictiva que pena el Art. 397 Pn., es decir, promueve la corrupción del menor, sin que Paulo ayude, directa ni indirectamente, a la comisión del delito. Mas, una vez éste cometido, Paulo promete a Ticio guardar silencio sobre el asunto, siempre que Ticio acceda a darle una suma determinada de dinero. Paulo se ha aprovechado por sí mismo de los efectos del delito, y es encubridor conforme al Nº 1º del Art. 15 Pn. ¿Tendrá su mujer acción de divorcio contra él?

Efectivamente, es abyecta la acción de Paulo: ha convertido la deshonra de su hijo en un motivo de lucro. Pero ello no representa, necesariamente, una acendrada maldad: puede muy bien ser el producto de la miseria o de graves deficiencias de educación. Y, en todo caso, aun cuando hubiese maldad no sería esta tan monstruosa como la del que toma parte por sí mismo en la corrupción de su descendencia.

Hay casos en que la corrupción de un menor no constituye delito; casos en que sólo una bajeza impune, como cuando se enseña al niño a robar, se le inclina a la bebida o al juego, etc. En estas situaciones, no cabe hablar de "encubrimiento", participación delictuosa que da idea de ocultamiento, pues no hay hecho perseguido por la justicia ni delincuente que ocultar.

Concluímos este aspecto manifestando que, a nuestro modo de ver, el encubrimiento que hace un padre de la corrupción de su hijo, no da al cónyuge de tal padre la acción de divorcio contemplada en la causal 9ª.

6)—Complejidad de la Causal.

La causal 9ª es compleja. Se refiere:

a)—a la tentativa de uno de los cónyuges para corromper a los hijos,

b)—a la complicidad de uno de los cónyuges en la corrupción de los hijos; y

c)—a la tentativa del marido para corromper a la mujer.

En los dos primeros casos, el sujeto activo de la corrupción puede ser cualquiera de los dos cónyuges; en el tercero, solamente el varón; con respecto a los hijos, estructuran la causal, indistintamente, la tentativa de corrupción o la complicidad de ésta; con respecto a la mujer, únicamente la tentativa, y no la complicidad.

7)—Sujetos Pasivos de la Corrupción.

Lesbia casó en segundas nupcias con Sempronio. Tenía ella una hija de su anterior marido, a la cual Sempronio intentó corromper. ¿Tiene Lesbia acción de divorcio contra Sempronio?

Conforme al tenor literal de nuestra ley, carece Lesbia de esa acción. En efecto, nuestra ley habla de la tentativa de uno de los cónyuges para corromper a *sus* hijos: como se advierte, el pronombre *sus* refiérese al sustantivo *cónyuge;* se trata de la corrupción de los hijos del cónyuge corruptor, y la niña de nuestra hipótesis no era hija de Sempronio.

¿Mala redacción del inciso? Consideramos que no: eso dice la ley y éso quiere decir, pues que acusa un grado infinitamente mayor de inmoralidad quien corrompe ó intenta pervertir a su propio hijo, que quien lo hace con el ajeno.

El sujeto pasivo, pues, es *el hijo del cónyuge* corruptor, aunque no lo sea del otro cónyuge.

Veamos hoy el caso contrario:

Tulio tenía una hija de anterior matrimonio cuando casó en segundas nupcias con Adriana. Posteriormente, Tulio intentó prostituir a su propia hija. ¿Tiene Adriana acción de divorcio contra él? No vacilamos en decir que sí. Es menos doloroso, sin duda, para Adriana, la corrupción de su hijastra de lo que pudo ser para Lesbia, en el ejemplo anterior, la de su propia hija. Pero la ley no ha tomado este punto de vista (y ésta es una crítica que se le puede formular) sino exclusivamente el otro: el de la inmoralidad atroz del cónyuge culpable. ¿No sería más justo hermanar ambos criterios en una sola disposición legal? Tanto la una como la otra van directamente encaminadas contra la armonía familiar.

Y aquí valga un reparo puramente gramatical: tal como se halla redactada esta parte de la causa 9ª, debe entenderse que hay acción de divorcio contra un cónyuge que intenta corromper a *todos sus hijos*, y no la hay contra quien, teniendo varios procura pervertir a uno, o a todos, menos uno. Por supuesto, no seremos nosotros quienes se adhieran a tan farisaica interpretación; pero sí nos parece oportuno señalar este aspecto.

8)—Hijos Emancipados y Mayores de Edad.

No manifiesta aquí la ley que sus efectos han de restringirse al caso de que el hijo que se intenta pervertir sea menor y se encuentre bajo patria potestad, ni exige tampoco la causal que tal hijo viva en el hogar conyugal.

Pudieran defenderse al respecto dos criterios: el restrictivo y el irrestricto

Aunque parezca extraño, consideramos aplicable el último, es decir, aquél conforme la cual la causal 9ª amerita el divorcio cuando un cónyuge intenta corromper a su hijo mayor de edad o menor emancipado, o participa como cómplice en tal corrupción. Y esto, por dos razones:

a)—Porque la ley no atiende aquí a si la tentativa de corrupción es o puede ser eficaz, y lograr sus perniciosos fines: la toma sólo como índice que es de muy grave perversidad; y,

b)—Porque la ley no hace distingos sobre los hijos a quienes se refieren la tentativa de corrupción y la complicidad.

9)—La Complicidad en la Corrupción.

Dada la redacción de la causa 9ª de divorcio, la complicidad se refiere a la corrupción consumada de los hijos, y no a la tentativa de corrupción. De manera que si un tercero intenta corromper a los hijos de *A*, éste participa en el intento como cómplice, y entre ambos no consiguen el fin inmoral que se proponen, la mujer de *A* no tendría acción de divorcio contra él.

No parece haber sido esta la intención que tuvo la Corte Suprema de Justicia cuando propuso el texto que nos ocupa; pero el Art. 19 C. no nos autoriza para desatender el tenor literal de la disposición.

Evidentemente, la complicidad de un padre en la tentativa de corrupción de sus propios hijos, acusa una abyección tan grande, una bajeza tan asquerosa, lógrese o no se logre el propósito inmoral, y al reformarse la ley sería del caso extender los efectos de la causal a la complicidad en la tentativa.

10)—Tentativa del Marido para Corromper a su Mujer.

Esta acción sólo compete a la mujer. Si es ella quien trata de corromper a su consorte, no da el hecho incorrecto motivo para el divorcio.

Lo anterior no se encuentra abonado por razones de Moral ni de Justicia, y sólo puede explicarse como un resabio psicológico de la potestad marital, que

desapareció de nuestro Código Civil precisamente por virtud de las reformas de 1902. Considerábase al hombre más fuerte que a la mujer, así en el plano físico como en el ético, y apenas podía concebirse que Eva influyera en las determinaciones particulares y en la conducta general de Adán. Se había olvidado la lección bíblica del paraíso terrenal.

¿Cuál es aquel grande hombre, en la virtud o en el pecado, detrás de cuyos actos no podamos encontrar la inspiración dulce y abnegada de una santa mujer, o el soplo diabólico de una Lady Macbeth?

Corrupción Consumada.

Si la tentativa de corrupción es causa de divorcio, con mayor razón hemos de entender lo que es la corrupción consumada, aunque no lo diga expresamente el texto legal.

Ahora bien: si la corrupción consumada es de la mujer, y estriba, por ejemplo, en su prostitución, ¿podría demandar a su marido en juicio de divorcio? ¿No habría de considerarse culpable?

El Dr. don Hermógenes Alvarado —figura tan venerable en el foro como en las letras salvadoreñas— elucubrando sobre las causales 7ª y 8ª de 1893, escribía en la "Revista de Derecho y Jurisprudencia" (Año I, Nº 3, Nov. de 1900, pág. 139), lo que a continuación copiamos: "...si es la mujer la que accede de buen grado a corromperse por instigaciones del marido, la cuestión cambia de aspecto. Al prestar voluntariamente su asentimiento, deja de ser cónyuge inocente y tórnase en culpable. No tiene, pues, derecho a pedir el divorcio.

Nosotros juzgamos, en el caso propuesto, que si la mujer accede a las insinuaciones de prostitución hechas por el marido, cometerá adulterio, y que es sólo con respecto a la causal 2ª que la culpabilidad habríase estructurado, de modo que bien podría demandar en juicio de divorcio al marido basándose en la causal que hoy nos ocupa.

11)—Reforma Conveniente.

La Comisión Revisora de 1942 no propuso reforma alguna de esta causal. Por los razonamientos arriba expuestos, nos parece pertinente su modificación.

Proponemos el texto siguiente, como un mero proyecto:

> "9ª)—Tentativa de uno de los cónyuges para corromper al otro, a hijo menor, común o de cualquiera de ellos, o complicidad en la tentativa de corrupción o en la corrupción de cualquiera de las personas indicadas. Los hijos a que se refiere este inciso son los que residen en el hogar común o de cualquiera de los cónyuges, y se hallan sujetos a la patria potestad o bajo la custodia de alguno de ellos".

Sin duda el inciso perdería el don de síntesis que hoy tiene; pero ganaría en claridad, abarcaría casos no contemplados actualmente, y excluiría algunos que sí lo están y que, en rigor, no ameritan el divorcio.

CAPITULO XIII

CAUSAL DECIMA: SEPARACION ABSOLUTA

1—Historia. 2—La Separación Debe Ser Absoluta. 3—Jurisprudencia. 4—Apreciación de lo Absoluto. 5—Duración de la Separación. 6—De la Culpabilidad. 7—Reforma Propuesta. 8—Crítica.

1)—Historia.

Con el Nº 10º con que hoy aparece, se presentó en nuestra legislación la causal de separación absoluta, el 4 de agosto de 1902.

La Comisión Reformadora no había incluído ésta entre las que proponía. Fue la Corte Suprema de Justicia quien, al rendir su segundo dictamen sobre el proyecto de modificaciones al Código Civil, (27 de febrero de 1902), indicó la conveniencia de aumentar las causales con la siguiente:

"10ª)—Separación absoluta de los cónyuges durante cinco o más años consecutivos, pudiendo en este caso pedir el divorcio cualquiera de ellos".

Sin modificación alguna, el texto transcrito fue aceptado por la Honorable Asamblea e incluído en la ley de reformas.

"Por lo que hace a la causal 10ª que se propone como nueva (dijo la Corte Suprema) la Corte cree que no puede estar más manifiesta la voluntad de los cónyuges de no vivir juntos, cuando han permanecido separados por cinco o más años consecutivos, y que conviene facilitarles la manera de separarse legalmente, ya que es de suponer que ha faltado en ellos el amor recíproco, base de toda unión conyugal, o que hay entre ellos causas graves que los obligan a separación tan prolongada". (Revista Judicial, T. VIII Nº 6, 15 de marzo de 1902, pág. 123).

El Diputado Dr. Dionisio Aráuz propuso la reducción del lapso de 5 años al de 2. Al referirnos al abandono hemos trascrito ya los párrafos del informe que el Tribunal Supremo emitió sobre el proyecto el 20 de marzo de 1906, manifestándose acorde con la reducción del término. La ley reformatoria fué publicada en el Diario Oficial de 16 de abril del mismo año, y tiene fecha 29 de marzo.

Posteriormente, por ley de 12 de mayo de 1912, publicada en el Diario Oficial de 21 de mayo del mismo año, se redujo aún el término necesario para que la separación fuese causal de divorcio, y desde entonces el numeral rige así.

"10ª)—Separación absoluta de los cónyuges durante uno o más años consecutivos, pudiendo, en este caso, pedir el divorcio cualquiera de ellos".

La Suprema Corte emitió su parecer sobre el proyecto previo, con fecha 16 de abril de 1912, en los términos siguientes:

"Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las tres y media de la tarde del día diez y seis de abril de mil novecientos doce.

"La Honorable Asamblea Nacional ha remitido para que informe este Tribunal, un proyecto de Decreto de Reformas al Nº 10 del artículo 146 del Código Civil.

"Este artículo contiene las causas de divorcio que la ley reconoce, y la reforma se contrae a rebajar a un año el plazo de dos que como mínimun ha fijado el legislador, para que la separación absoluta de los cónyuges pueda invocarse como motivo de divorcio.

"Indudablemente —dicen los Honorables Representantes que proponen la reforma— la reforma citada obedece al deseo de impedir la prolongación de un apartamiento entre esposos, no edificante para la sociedad, cuando entre los cónyuges, por razones de orden privado, existen motivos o acuerdos para no continuar viviendo bajo un mismo techo y que, *por falta de tiempo fijado por la ley,* no dan a su separación el carácter de legalidad que la sociedad exige para que uno y otro, ya desligados del contrato que los unió, puedan libremente constituir nuevos hogares y alentar nuevas aspiraciones".

"A este respecto la Corte se permite manifestar que —a juicio de ella— el legislador que de cinco años rebajó a dos de separación absoluta, como motivo de divorcio, no se inspiró en las razones que se consignan en el párrafo transcrito, sino que estimó prudencialmente el plazo de dos años como suficiente a establecer que la voluntad de los cónyuges de no hacer vida común, era firme y sólida; que los motivos determinantes para que persistieran ese tiempo, salían de la categoría de caprichos pasajeros y desaveniencias pueriles; y que dos años era un término ni largo ni corto, sino justamente prudente, para presumir que los vínculos del amor y del afecto se habían debilitado mucho o extinguido por completo. En tales condiciones el legislador no podía evidentemente tener interés alguno en conservar por más tiempo ese estado anómalo.

"Hay que advertir que la causal de que se trata, no es otra que la del mutuo consentimiento no invocada judicialmente, y que se funda en un estado de hecho que se prolonga por un tiempo que bien pueden los cónyuges acortar pidiendo el divorcio por mutuo consentimiento, cuando estimen que entre ellos ya no es posible la reconciliación.

"Se invoca como insostenible que la disposición de que se trata haya tenido por "objeto dar a los cónyuges un tiempo determinado para arrepentirse", *y se dice que si tal objeto existe, es completamente inútil, toda vez que la misma ley, al estatuir el divorcio absoluto, concede a los divorciados que no han contraído nuevas nupcias, el derecho de invalidar su divorcio de la manera más breve y sencilla según lo especifica el Art. 153 C.;* y estando previsto con la invalidez del divorcio obtenido el "arrepentimiento" que se supone pueda tener cabida en los cónyuges, es tiempo demasiado largo dos años, para pensar en un paso que, en la generalidad de las veces, dicta el honor, la tranquilidad o los intereses de uno de los esposos.

"Es de sentir que se invoque para sostener que el tiempo de dos años es demasiado largo, la existencia de una disposición legal que hace cinco años no existe en la legislación civil.

"El artículo que establecía la reconciliación de los cónyuges como un medio de invalidar el divorcio absoluto, fué derogado el 21 de junio de mil novecientos siete, según puede verse en la ley de reformas del citado año; y para no distraer más a la Honorable Asamblea no entra este Tribunal al examen de otras razones de conveniencia y aún de armonía con otras disposiciones del C., y concluiremos este informe manifestando: que la Corte es de parecer que no se acepte el proyecto en referencia.

"Penado, Suárez, Romero Bosque, Ochoa, Arrieta Rossi, Rodríguez, Cierra".

He aquí el texto completo de la última reforma:

"La Asamblea Nacional Legislativa de la República de El Salvador,

"CONSIDERANDO:

"Que la separación entre cónyuges no sancionada por sentencia ejecutoriada de Juez competente, es contraria a la moral social;

"Que el Art. 153 del Código Civil concede a los cónyuges divorciados que no hubiesen contraído nuevas nupcias, el derecho de invalidar su divorcio en la forma que especifica el Art. anteriormente citado,

"En uso de las facultades constitucionales y previo el informe del Supremo Tribunal de Justicia,

"DECRETA:

"Art. 1º)—Refórmase el inciso 10 del Art. 146 del Código Civil en la forma siguiente: "Separación absoluta de los cónyuges durante uno o más años consecutivos, pudiendo en este caso pedir el divorcio cualquiera de ellos".

"Art. 2º)—El cónyuge que en la actualidad hubiere cumplido un año de separación absoluta del otro cónyuge, podrá, si lo quisiere, pedir el divorcio absoluto, acogiéndose a la presente disposición.

Dado en el Salón de Sesiones del Poder Legislativo, Palacio Nacional: San Salvador, a diecisiete de mayo de mil novecientos doce—F. Vaquero, Presidente. — E. Cañas, 2º Secretario. — Ramón Quintanilla, 2º Pro-secretario.

"Palacio Nacional: San Salvador, 12 de mayo de 1912.

"EJECUTESE,

"Manuel E. Araujo.—El Ministro de Justicia, M. Castro R."

2)—La Separación Debe ser Absoluta.

El adjetivo "absoluta" empleado por la ley, ha sido interpretado por nuestros Tribunales de Justicia en el sentido de que la separación importa incumplimiento total de las obligaciones conyugales, carencia de toda clase de relaciones —personales, epistolares, telegráficas, etc.,— entre los cónyuges, y habitación de ellos por separado.

Algunas veces han sido nuestros juristas demasiado rigurosos en la apreciación de este extremo; otras, un tanto benévolos y flexibles.

Es, sin duda, la jurisprudencia nacional, la fuente más importante de que disponemos para el estudio de esta causa de divorcio. Digamos, de paso, que si nuestros tribunales han dado muchos fallos de divorcio, la mayoría de ellos son por separación absoluta y por mutuo consentimiento. Con relación a las demás causales, es muy exigua la jurisprudencia de que disponemos.

3)—Jurisprudencia.

El más completo análisis doctrinario hecho por los tribunales salvadoreños de esta causal, lo encontramos en la sentencia dictada por la Honorable Cámara de 3ª Instancia, a las 11 horas del 2 de julio de 1931, a ponencia del Magistrado Dr. Félix A. Gómez. De dicha resolución copiamos los siguientes párrafos:

"La "separación absoluta" entre cónyuges no es un hecho simple, es más bien la resultante de un conjunto de hechos que ponen en evidencia, física y moralmente, la ruptura completa y de hecho del vínculo matrimonial en sus múltiples manifestaciones, que comprenden, además de la ausencia del cariño, la falta de ejercicio de los deberes y derechos inherentes al matrimonio, considerado en su elevado concepto ético-jurídico. Puede descomponerse aquella "separación absoluta" en los siguientes elementos que la constituyen:

a)—separación física del hogar común constituyendo cada cónyuge su residencia propia, en el mismo o diferente lugar;

b)—cesación de toda protección y ayuda recíproca de los esposos y falta de comunicación directa o indirecta de toda especie; y

c)—desorganización de la función administrativa de los bienes de la sociedad conyugal, si la hubiere".

Copiamos a continuación algunos otros fragmentos de sentencias, que contribuyen a dar luz sobre la naturaleza de la causal. Pedimos excusas por el abuso de las comillas. Acaso hubiésemos podido sintetizar las doctrinas en párrafos de redacción personal; pero hemos preferido reproducirlas documentalmente, en sus prístinas formas.

De la Cámara de 3ª Instancia. Sentencia de la que fué ponente el mismo doctor Gómez, y que se pronunció a las 10 horas del 11 de septiembre de 1931:

"La separación absoluta de los cónyuges no está en pugna con el cumplimiento de las obligaciones morales y legales entre padres e hijos; a la vez que se visita, se acaricia y se protege a éstos, criándolos y educándolos, puede imperar firmemente la ruptura de toda clase de relaciones entre los esposos, con separación absoluta de ellos, aunque la madre tenga a los hijos comunes bajo su cuidado personal". (Revista Judicial, 1931, págs. 410 a 413).

De la Cámara de 3ª Instancia. Ponente, Dr. Gómez. Fecha, 10 horas del 4 de abril de 1932. Por prueba testimonial se estableció que el marido vivía en el extranjero desde hacía aproximadamente 10 años, en tanto la mujer había permanecido en El Salvador. Dijo la Hon. Cámara sentenciadora: "...es indudable que la prolongada ausencia del marido fuera del país, por varios años consecutivos, sin que conste comunicación alguna entre él y su esposa, quien no sólo confirma esa declaración sino que la atribuye a culpa del señor P. Q., por haberla abandonado, aunque sin probar esto último, demuestra evidentemente que ha cesado todo afecto entre los referidos cónyuges y que se ha alejado la posibilidad de toda comunicación inherente a la convivencia matrimonial, tanto más cuanto no se ha opuesto por la demanda ningún hecho positivo que desvanezca ese concepto de separación absoluta resultante de las especiales circunstancias expresadas". (Rev. Judicial 1932, págs. 194 y 195).

Ofrecen los párrafos anteriores una peculiaridad: la aplicación, bastante libre y humana, del criterio de los jueces. En rigor, se probó la separación material únicamente, caracterizada por el hecho de vivir ambos cónyuges, durante tanto tiempo, en países distintos; pero no se estableció la ausencia de relaciones de otra índole. ¿Se escribían los cónyuges? ¿Enviaba el marido giros de dinero a la mujer, u obsequios de otra índole? ¿Se enviaban recados verbales con viajeros amigos? No consta que no. La Hon. Cámara deduce de las "especiales circunstancias" del caso y del hecho de no haber prueba que desvirtúe su presunción.

La misma Cámara, a ponencia del mismo Magistrado, dictó a las 10 horas del 17 de junio de 1932, una sentencia en que se lee que, para establecer

la separación absoluta como causal de divorcio, "se requiere un conjunto de hechos, físicos y morales, que pongan en evidencia haber cesado no sólo la unión material sino que la espiritual, que ponen término a la influencia de los factores que dan existencia a la vida conyugal". (Rev. Jud., 1932, págs. 214 a 220).

La misma Cámara, también a ponencia del Magistrado Dr. Félix A. Gómez, dictó sentencia a las 10 horas del 30 de noviembre de 1933, en la cual se habla de "la cesación completa del ejercicio de los múltiples derechos y obligaciones civiles inherentes al matrimonio, durante el tiempo legal, *que constituye la separación absoluta a que se refiere el Nº* 10 *del Art.* 145 *C.*". (Rev. Jud., Jul./Dic. 1933, págs. 125 a 130); y a las 10 horas del 19 de diciembre del mismo año, desestimó una demanda porque "...las declaraciones mencionadas sólo establecen la simple separación de los esposos V-M, no refieren un hecho que demuestre la cesación completa del ejercicio de los derechos y obligaciones civiles entre ellos, *que caractericen aquella separación como absoluta*". Sobre la sentencia anterior, hay un voto particular del Dr. don Antonio R. Méndez: "La separación de techo, lecho y mesa constatada por los testigos debe conceptuarse como separación absoluta de los cónyuges, si no consta que esta separación es accidental". (Rev. Jud., 1933, Jul./Dic., págs. 139 y 140).

El tantas veces citado Dr. Gómez, vuelve a ser ponente en la sentencia dictada por la Cámara de 3ª Instancia, a las 11 horas del 28 de julio de 1934, en que leemos: "Entienden los testigos... lo "absoluto" de la separación por la simple separación de convivencia, sin que concurra ningún otro hecho que revele *la cesación completa del cumplimiento de todas las obligaciones legales y morales inherentes al matrimonio* a base de afecto que une y fortifica su estabilidad, *siendo precisamente el conjunto de todos estos hechos lo que caracteriza la "separación absoluta" que requiere la ley para poner fin al vínculo matrimonial*". (Rev. Jud. Jul./Dic. 1934, págs. 189 a 192). Es de notarse que estos conceptos están suscritos también por el Magistrado Dr. Méndez, quien ya no insiste en su anterior criterio de que la simple separación es bastante para otorgar el divorcio, salvo que se pruebe que es transitoria.

De la Cámara de 3ª Instancia. Ponente, Dr. Gómez. Sentencia proveída a las 9 horas del 13 de diciembre de 1937:

"Se ha justificado plenamente la separación absoluta de los cónyuges V-G, por más de un año consecutivo, pues se ha probado que durante ese tiempo han vivido separados en hogares diferentes, sin comunicarse ni relacionarse de manera alguna, haciendo cada cual vida independiente como si fueran extraños". (Rev. Jud. Jul./Dic. 1937, págs. 694 a 699).

De la misma Cámara y el mismo ponente. Sentencia de las 10 horas del 16 de mayo de 1938: "...la demandante ha establecido con plenitud todos los elementos que la ley requiere para tener por probada la separación absoluta

de los cónyuges por más de un año, pues según ella (la prueba) *ha cesado por completo el ejercicio de los deberes conyugales y el goce de los derechos inherentes al matrimonio,* no existiendo ya ningún afecto entre los cónyuges que estimule la existencia del matrimonio... etc". (Rev. Jud. En./Jun. 1938, págs. 108 a 112).

4)—Apreciación de lo Absoluto.

La separación es un hecho positivo; pero lo absoluto de la separación, está caracterizado por hechos negativos —incumplimiento de las obligaciones civiles y morales inherentes al estado— por manera que la prueba de la "separación absoluta" presenta ciertas dificultades, a las cuales haremos referencia en la segunda parte de este trabajo. Sólo diremos aquí que, siendo la calificación de "absoluta" una cuestión de naturaleza jurídica, corresponde hacerla a los tribunales, y no a las partes ni a los testigos, que sólo deben exponer y probar *los hechos* pertinentes. Así lo reconoció la Cámara de 3ª Instancia en resolución proveída a las diez horas del veintiocho de febrero de 1939, a ponencia del Dr. don Alberto I. Castellanos: "La apreciación hecha por testigos, si sea absoluta o no la separación entre los cónyuges, corresponde *no tanto a ellos* hacerla, sino al Tribunal que al examinar y juzgar detenidamente los hechos sobre los que declaran los testigos, pueda determinar en cada caso concreto, si dicha separación tenga el grado de absoluta en la forma que racionalmente la prescribe la ley como causa de divorcio, ya que en ciertas circunstancias los progenitores deben atenciones a los hijos por la obligación natural que con ellos tienen, y ser esto motivo de ciertas relaciones". (Rev. Jud. 1939, págs. 480 a 484).

Dos reparos hacemos a la redacción del párrafo anterior, prescindiendo a los que pudieran hacérsele por razón de estilo:

a)—Al decir que corresponde "no tanto" a los testigos el hacer la apreciación de si la separación es o no absoluta, se da a entender que, *en alguna medida,* pueden hacerla, y que corresponde *más* a los Tribunales dicha calificación; y

b)—La razón de que corresponde a los Tribunales, no es la de que en algunos casos, por las atenciones debidas a los hijos, los cónyuges hayan de relacionarse, sino la que expresamos arriba: que esta calificación es un punto de derecho y no de hecho.

5)—Duración de la Separación.

En el caso actual de nuestra ley, la separación ha de durar, al menos, un año. Como hemos dicho, al principio la ley exigía cinco años, luego se conformó con dos; después, con uno. Poco a poco el legislador ha sido más tolerante. Ha ido abriendo las puertas del divorcio al capricho de los cónyuges desavenidos.

Y es cosa grave: las demás causales se han vuelto prácticamente inútiles. Los interesados en el divorcio prefieren mantener ocultas las causas que determinan sus demandas, y recurren a este sencillo medio, que hasta evita la sanción que correspondería al culpable.

En esta causal, y en el artículo 148 C., que se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, encontramos nosotros las más señaladas incongruencias de nuestra legislación de divorcio. Por de pronto, sólo señalamos nuestro punto de vista, que explanamos y pretendemos fundamentar suficientemente en el capítulo destinado al mutuo disenso.

"...durante uno o más años consecutivos, reza el texto vigente. Se advierte que el vocablo "consecutivos" no puede aplicarse al sujeto "uno", sino al sujeto "más años". No vemos en ello defecto de redacción. En lo que sí lo vemos, es en que la ley exige *un año o más años,* es decir, 1, 2, 3, 5, 9 años *completos,* dada su redacción. De modo que si aplicásemos literalmente el texto, no podríamos otorgar el divorcio a cónyuges que tuvieran un año y seis meses de separación absoluta. Ni ha sido ésta la intención de los legisladores, ni han interpretado la causal en esta forma los tribunales: se trata, como arriba decimos, de un defecto de forma. La frase nos indica que la causal de separación absoluta no sólo no se extingue por el perdón presunto de que habla el Art. 147 C. con el transcurso del tiempo, sino que, como acertada y sistemáticamente, han resuelto nuestros Juzgados y Cámaras, va vigorizándose a medida que dura. También este punto lo tratamos en capítulo aparte, lo que nos excusa de abandonarlo aquí.

6)—De la Culpabilidad.

Esta es una de las causales que los autores llaman *sine culpa.* En rigor, ocurre con ella que la culpabilidad escapa a los ojos del juzgador, generalmente por ocultación de las partes, y no puede, en consecuencia, ser declarada ni surtir sus efectos de derecho. Pero tan prolongada separación absoluta no se debe con frecuencia a motivos sin entidad: suele estar determinada por graves actos contra la armonía conyugal, realizados por uno de los consortes o por ambos. Así parece reconocerlo la ley civil, en sus diversas alusiones.

Según el Art. 145 C. Nº 10º, el divorcio por separación absoluta puede ser solicitado por cualquiera de los cónyuges. No dice que ambos sean inocentes. Refiriéndose al inciso citado, el Art. 146 C. estatuye: "Fuera del caso previsto en el inciso final del artículo anterior, el divorcio sólo puede ser reclamado por el cónyuge inocente", lo que da a entender que en el divorcio por separación absoluta puede también reclamarlo el otro, es decir, el culpable. El 7º inciso del Art. 151 C., reza: "En el divorcio por mutuo consentimiento ambos cónyuges *se reputan* inocentes... etc". Continúa luego: "En el caso de separación por un año o más años, ambos cónyuges podrán contraer nuevo matrimonio después de ejecutoriada la sentencia de divorcio, *si en ésta no se*

declarare culpable a ninguno de ellos". El "*se reputan*" significa sólo "*se consideran*", o "*se estiman*" ya que el verbo *reputar* deriva del latín *putare*, que significa *creer*. No afirma la ley que ambos sean, en realidad, inocentes. Se limita a considerarlos y tratarlos como si lo fueran. En la sentencia de divorcio por separación absoluta puede declararse culpable a alguno de los cónyuges, o a ambos. ¿Cuál sería el caso, si ambos son tratados por la ley como inocentes? La solución la encontramos cuando el divorcio se decreta por dos o más causales —entre las que ha de estar la 10ª—, sea por acumulación de acciones, sea por contrademanda, sea por acumulación de juicios. Entonces, por ejemplo, se disuelve el vínculo conyugal por separación absoluta y abandono; el culpable de abandono es declarado tal en la sentencia que resuelve las dos acciones.

7)—Reforma Propuesta.

La Comisión Revisora nombrada en 1942 propuso que esta causal quedara redactada, bajo el ordinal 9º, así: "9º)—Separación de hecho, libremente consentida durante uno o más años consecutivos", y dió las razones que copiamos a continuación:

"En la causal 10ª se establece que la separación por un año o más, ha de ser libremente consentida por los cónyuges porque al no serlo, de una u otra de las partes, no es en realidad una simple separación, sino que se convierte en abandono de alguna de éstas. La parte que sufre involuntariamente la separación, no estará así en el caso de tener que contrademandar a la otra parte por ese abandono, ni siquiera que probar que le ha sido impuesta la separación, sino que le bastará manifestar que ella no ha consentido libremente en el estado de aquélla, para excepcionar su inocencia y la procedencia del divorcio".

8)—Crítica.

No consideramos conveniente la reforma de la causal en los términos propuestos.

En primer lugar, no exige la redacción que la separación tenga el carácter de absoluta. Ticio es hombre de negocios, y la sede más oportuna para sus operaciones es San Salvador. Silvia, su mujer, padece de una enfermedad para cuya curación los médicos le han recetado el clima de la ciudad de México. Ambos consienten libremente en esta separación de hecho, el marido provee con generosidad a los gastos de subsistencia y tratamiento médico de Silvia, con quien sostiene correspondencia cariñosa. Viven así un año o más. La causal se ha estructurado, pues hay "separación de hecho libremente consentida"; pero ninguna de las circunstancias que integran la situación, induce a considerar que se ha roto la armonía conyugal entre Ticio y su mujer, ni hace pensar en la falta de afecto recíproco ni en la imposibilidad de vida en común. Hace falta, pues, que se hable de "separación absoluta". De lo contrario, se facilitaría aún más la separación de la familia, librando el divorcio al mero capricho de los casados.

Tampoco estimamos que la diferencia entre el abandono y la separación sea la libertad de consentimiento de los consortes. El abandono *es una dejación.* Estriba en dejar de cumplir el deber de convivencia. Se manifiesta por un acto, que puede ser, ora el dejar la casa conyugal, ora el echar de ella al otro cónyuge, ora el que la mujer se niegue a seguir a su marido sin motivo justo. A raíz de este acto —el abandono— surge la separación, simple o absoluta, que *es un estado.* Se puede estar separado sin que haya abandono, y así ocurre cuando los cónyuges conciertan separarse. Este criterio nuestro —que, a la verdad, se aparta de lo tradicionalmente aceptado por los tribunales del país— tiene sus consecuencias jurídicas, que estudiaremos al tratar de la extinción de las causales. Los últimos motivos expuestos en el párrafo transcrito de la Comisión Revisora, son de índole procesal. Corresponden al aspecto adjetivo de nuestra legislación sobre el divorcio, que veremos en la segunda parte de esta tesis.

CAPITULO XIV

CAUSALES DEROGADAS

1—Antecedente Necesario. 2—Opiniones del Doctor Alvarado Sobre la Causal 4ª. 3—Opinión del Doctor Simeón Eduardo. 4—Supresión de esta Causal. 5—Observaciones Personales. 6—Opinión del Doctor Alvarado sobre la Causal 10ª. 7—Sobre la Opinión Anterior. 8—De la Causal 11ª. 9—Notas Críticas Personales. 10—Observaciones del Doctor Alvarado. 11—De la 12ª Causal. 12—Comentario del Doctor Eduardo a la Supresión de la Causal 12ª. 13—Omisiones Suplidas por la Corte. Parecer del Doctor Suárez. 14—Observaciones a lo Dicho por el Doctor Suárez.

1)—Antecedente Necesario.

La Ley de divorcio absoluto de 1894 tenía en su artículo 2º, fuera de las causales que han sufrido modificaciones con el tiempo, otras que fueron totalmente derogadas y que expresamos a continuación:

"4ª)—Violencia física o moral ejercida por un cónyuge contra el otro para obligarlo a cambiar de religión;

"10ª)—Por ejercer cualquiera de los cónyuges granjerías inmorales o alcahueterías;

"11ª)—Por homicidio en alguno de sus hijos;

"12ª)—Por disipación o malversación verificada por un cónyuge en los bienes propios del otro cónyuge y con abandono de éste".

Por considerarlos de mucho interés en sí mismos, y, además, por ser de la época en que estaban vigentes las causales copiadas, transcribimos al res-

pecto las opiniones emitidas por el Dr. don Hermógenes Alvarado, que vieron la luz en la "Revista de Derecho y Jurisprudencia".

2)—Opiniones del Dr. Alvarado sobre la Causal 4ª.

"Las creencias religiosas son sagradas: tienen su asiento en lo más íntimo de la conciencia, y nadie, por poderoso o por más autorizado que se crea, tiene derecho de imponerlas por la fuerza. El cristiano que adora a Cristo lo hace con tanto o igual derecho, como el judío que cree en Jehová, como el chino que se postra ante la imagen de Confucio.

"Nada más natural, pues, que la violencia material ejercida por un cónyuge, para obligar al otro a cambiar de culto, se conceptúe tan grave como la sevicia: es más que la sevicia, porque si en ésta hay crueldad y hay barbarie, en aquélla la barbarie y la crueldad se emplea como medio para conseguir un fin reprobado.

"Pero ¿en qué podrá consistir la *violencia moral* de que nos habla la ley?

"Dos esposos de distinto culto discuten sobre puntos religiosos.

"El marido, hombre instruido y de maneras suaves e insinuantes, procura demostrar a su esposa que la religión que ella profesa no puede ser la verdadera, y se empeña en convencerla con razones filosóficas: nada de imposiciones ni violencias. La mujer, poco instruida, de un talento mediocre y un tanto fanática, no encuentra qué replicar a los argumentos de su marido, y calla. ¿Será esto la *violencia moral* de que nos habla le ley? No puede ser.

"El marido prohibe a su consorte que vaya a misa, que se confiese, que ayune... ¿consistirá en esto la *violencia moral?* No lo creemos. La abstención de ciertos actos religiosos, no implica necesariamente el cambio de una religión por otra.

"Si el marido, no contento con esa prohibición y valiéndose del ascendiente y autoridad marital, que naturalmente tiene sobre su esposa, la obliga a practicar un culto distinto del suyo y aún la amenaza, en caso de contravención, con penas que aunque no sean físicas no por eso pueden ser menos eficaces, ¿podrá decirse que entonces existe la *violencia moral* que la ley requiere? Creemos que éste sería uno de los pocos casos en que el divorcio procede por aquella causa, confesando ingénuamente que no estamos muy satisfechos de nuestro modo de pensar en este punto. Son tan múltiples, son tan variados los medios que pueden emplearse para conseguir un fin y cuyo buen éxito depende de tantas circunstancias, que no es posible apreciar aquéllos y éstas sino en conjunto. Toca a la ilustración del Juez hacer con prudencia y tino esa apreciación, para no exponer a la Justicia a ser el juguete de la intriga y del fanatismo religioso.

"Pudiera también preguntarse si sería posible que la *violencia moral* y la violencia *física* se ejercieran por la mujer contra el marido. Hay mujeres tan varoniles y enérgicas, y hombres tan pusilánimes y pobres de espíritu, que el

caso, aunque raro, sería posible; pero el Juez obraría cuerdamente averiguando a fondo el genio y carácter de una y otro, para poder juzgar con acierto la posibilidad de la violencia". (Rev. cit., Año I, Nº 2, Oct. 1900, págs. 82 y 83).

3)—Opinión del Dr. Simeón Eduardo.

El Proyecto de las reformas que se promulgaron en agosto de 1902, ya proscribía la causal que nos ocupa. El Dr. Simeón Eduardo dijo de ésta:

"...es una causal que no está reconocida en muchos códigos, en la mayoría de ellos: el hecho de violentar la conciencia debe ser penado por el legislador; pero creemos que no es motivo suficiente para el divorcio entre nosotros".

4)—Supresión de esta Causal.

La Corte Suprema de Justicia no hizo objeción alguna, ni en su primer dictamen ni en el segundo que rindió, a la supresión de esta causal. Y la ley de reformas de 1902, siguió el criterio de la Comisión que había formulado el proyecto, promulgando el artículo contentivo de las causas de divorcio, sin incluir la que hoy nos ocupa".

5)—Observaciones Personales.

Son los conceptos religiosos, sin duda, lo más íntimo de cada ser. Como que dicen relación a su último y supremo destino, a su felicidad perpetua o a su eterna desgracia.

La libertad de cultos es un precepto constitucional, y evidentemente los actos señalados por la derogada causal 4ª del Art. 2º de la ley de divorcio absoluto, son atentatorios de dicha libertad.

Vemos en la "violencia física o moral ejercida por un cónyuge contra el otro para obligarlo a cambiar de religión", un trasunto del "*privilegio paulino*" del Derecho Canónico, a que ya tuvimos oportunidad de referirnos.

Acaso en la derogatoria de la causal hubiera, oculta, animosidad contra la religión católica, por el influjo que las ideas liberales en política y positivistas en filosofía, tuvieron en las postrimerías del siglo pasado y en los inicios del presente. Nos induce a creerlo el hecho de que la religión más extendida en el país es la católica, y por entonces lo era mucho más, de manera que el amparo otorgado por esta disposición a la conciencia religiosa, tornábase, por fuerza misma de los hechos, en un amparo a dicha religión.

Hemos de convenir, no obstante, en que la supresión fué atinada:

a)—porque en los tiempos modernos la cuestión religiosa ha dejado de ser la preocupación preponderante, para dar sitio a otra menos noble: la económica.

b)—porque la educación y la costumbre han hecho a las gentes más tolerantes en la materia y más respetuosas de la conciencia del prójimo; y

c)—porque al abrirse en 1902 las puertas de la "separación absoluta" y del "mutuo consentimiento", se hicieron prácticamente innecesarias las causales rigurosas. Por manera que si un problema religioso distancia a los cónyuges al grado de hacerles imposible o muy estorbosa la vida matrimonial, bien pueden recurrir al mutuo disenso, o separarse y aducir esta causal.

6)—Opinión del Dr. Alvarado sobre la Causal 10ª.

Analizando la causal 10ª de la Ley de Divorcio Absoluto, escribió el Dr. Hermógenes Alvarado:

"...no comprendemos si el legislador consideró como sinónimos la alcahuetería y la granjería inmoral, o si quiso establecer dos causales distintas. La redacción del texto es anfibológica y se presta a las dos interpretaciones.

Granjería es el beneficio que se obtiene de las granjas, y en sentido figurado significa ganancia o utilidad. Tomada la palabra en esta última acepción, granjería inmoral será toda ganancia obtenida por medios deshonrosos o reprobados. El alcahuete ejerce una granjería inmoral, pero no todo granjero es alcahuete. La ley, pues, no ha podido tomar como sinónimas, palabras que nunca lo han sido; y si una y otra determinan causales diversas, preciso es convenir que el legislador no anduvo afortunado, porque siendo la alcahuetería una especie de granjería, estaba demás que de aquélla se hablara de un modo especial.

¿Querría la ley circunscribir la granjería inmoral al beneficio pecuniario que reportan ciertos actos, que al par que inmorales, son obscenos y deshonestos? Puede ser que tal haya sido su intención; pero en vez de emplear el adjetivo inmoral debió usar otro que restringiera y concretara su idea, porque tan inmorales son los actos impúdicos o contra natura como los que, sin merecer estos calificativos, constituyen un atentado a la moral.

Cualquiera que sea la interpretación que se dé a la ley, dudamos mucho que toda granjería inmoral sea suficiente para justificar el divorcio. Granjerías hay que se castigan como simples faltas, y existen otras que no se consideran deshonrosas. El contrabandista que burla la vigilancia del Gobierno se cree tan honrado como cualquier comerciante que paga los derechos fiscales; al que hace con el Estado una negociación leonina no le llamamos granjero sino hombre inteligente y experto financista; y si en vez de mandar a la cárcel a los que hacen trampas en el juego, a los funcionarios prevaricadores, a los espías, a los rateros, a los estafadores, a los piratas de tierra firme, a los hoteleros que multiplican las cuentas y a los que adulteran el vino y la leche, los fuéramos a divorciar, muy pocos casados quedarían". (Rev. de Derecho y Jurisprudencia, Año I Nº 3, Nov. 1900, pág. 139).

7)—Sobre la Opinión Anterior.

El Dr. Alvarado terminaba sus disquisiciones sobre este punto recomendando que, en vez de un criterio tan vago como el que existía en la ley, se siguiese al legislador francés, estableciendo como causal de divorcio la condena penal que se estimase como suficientemente grave para ello. Este fué el criterio a que se adhirió la Comisión Reformadora de 1902 al prescindir de la causal que estudiamos y establecer la 8ª vigente, que hemos estudiado ya.

Sin duda los términos "granjerías inmorales" constituían un género demasiado amplio, y la alcahuetería una especie de dicho género. Pero si la alcahuetería es repugnante e inmoral, no lo son menos muchos otros actos: no había razón para que sólo el celestinaje quedase como causal de divorcio, ni podían quedar con esta entidad todas las "granjerías inmorales". En suma, el cambio de criterio nos parece acertado, sin perjuicio de las observaciones que hemos hecho a la causa 8ª del Art. 145 C.

8)—De la Causal 11ª.

En la ley de divorcio absoluto de 1894, esta causal afectaba la siguiente forma:

"11ª)—Por homicidio en alguno de sus hijos".

Por la ley de 5 de abril de 1900, quedó así:

"11ª)—Por homicidio en alguno de sus hijos o por abandonar el un cónyuge al otro por espacio de un año".

En otro capítulo nos hemos referido al abandono. Aquí nos limitaremos a la causal desaparecida, haciendo unas breves y modestas apreciaciones personales, y luego sintetizando las muy jugosas que publicó hacia 1900 el Dr. Alvarado.

9)—Notas Críticas Personales.

Es del caso recordar aquí algo de lo que dijimos con respecto a la causal 9ª: la 11ª derogada hablaba de "sus hijos", es decir, de los hijos del cónyuge culpable. Esto indica que no habría podido aplicarse con rigor literal al caso de que el culpable matara a un hijo de su consorte, que no fuera suyo. También insistimos en el mal empleo del plural, que da a entender que sería necesario que el hechor diese muerte a todos sus hijos, para dar con esto acción de divorcio a su cónyuge. Nadie podría sostener seriamente esta interpretación, pero es la gramatical.

10)—Observaciones del Dr. Alvarado.

El doctor don Hermógenes Alvarado hizo otras observaciones al texto que comentamos: Advirtió que si asumía gravedad el hecho de que alguien matase a un hijo, no la tenía menor el hecho de que diera muerte a un ascendiente,

y que éste debería ser contemplado también como causal de divorcio. Se refirió al homicidio por imprudencia y al realizado en legítima defensa, manifestando que la fálta de voluntad hacía inaplicable la causal.

11)—De la 12ª Causal.

"Por disipación o malversación verificada por un cónyuge en los bienes propios del otro cónyuge y con abandono de éste", rezaba la 12ª causal del Art. 2º de la ley de divorcio absoluto de 1894".

Constaba, pues, de dos elementos:

a)—la disipación o malversación hecha por un cónyuge *en los bienes del otro;*

b)—el abandono de este último.

El marido era no sólo administrador de los bienes de la sociedad conyugal, sino también de los que formaban el patrimonio exclusivo de su mujer. (Art. 1735 C., edic. 1893).

La 12ª causal se refería a la disipación o malversación de los *bienes propios del cónyuge ofendido*, y en manera alguna a los de la sociedad conyugal.

12)—Comentario del Dr. Eduardo a la Supresión de la Causal 12ª.

Se expresó así el Dr. Eduardo:

"La última (causal), consistente en la disipación o malversación verificada por un cónyuge en los bienes propios del otro y con abandono de éste, no podía menos de ser suprimida, pues el Proyecto reconoce la habilidad de la mujer para disponer de lo suyo; y, aunque así no fuera, podría pedir separación de bienes; y respecto del abandono, se ha dispuesto que es motivo suficiente cuando es sin justa causa y por espacio de un año". (Rev. "El Foro del Porvenir", Año IV Nº 1, julio 1901, pág. 7).

13)—Omisiones Suplidas por la Corte. Parecer del Dr. Suárez.

Consideraríamos incompleto este capítulo si no indicáramos que en el Proyecto de reformas, omitíanse también las causales 7ª y 8ª de la ley de divorcio absoluto, y si no diéramos cabida en estas páginas al parecer externado por el Dr. don Belisario U. Suárez.

Abrimos de nuevo comillas, con perdón del lector, porque deseamos recoger en esta tesis, como ya lo hemos expresado, la mayor cantidad de documentos sobre el tema. Dijo el Dr. Suárez:

"Notamos que se han suprimido las causales 7ª, 8ª y 10ª de la antigua ley".

"Las causales referidas son: "Tentativa del marido de prostituir a la mujer".

"Tentativa de cualquiera de los cónyuges para corromper a sus hijos o la complicidad en la corrupción o prostitución".

"Por ejercer cualquiera de los cónyuges granjerías inmorales o alcahuetería".

"El comentario de la Comisión dice así:

"Entre las muchas causas que los esposos pueden alegar para pedir el divorcio, la ley civil sólo debe reconocer aquéllas que revistan un carácter de *gravedad incontestable. Guiándose* por este principio, la comisión enumera en este artículo los únicos que en su concepto deben aceptarse, omitiendo algunas de las que trae la ley de divorcio absoluto y agregando la que se consigna en el número 8 de la reforma".

"Para los miembros de la comisión, prostituir a la mujer, a los hijos, ejercer la alcahuetería, no son causales de *gravedad incontestable.* Todos esos actos inmorales no valen la pena de fijarse en ellos. Que el padre o la madre prostituya a los hijos ¿éso no es grave?

"¡El altar consagrado al pudor de la mujer, al cultivo de la virtud, no se empaña ni se ensucia con la prostitución de la mujer y de los hijos! Si no conociéramos a los autores de la reforma, que por cierto son personas que tienen alta idea de la moral, nos habríamos formado de ellos pobrísimo concepto.

"La única razón que pudieran alegar en apoyo de la reforma es tan mala que ni pensamos pudiera ocurrírseles:

"La razón indicada es la siguiente: para esos casos en que existen causales que hieren profundamente el honor de las familias, queda establecido el divorcio por mutuo consentimiento. Este argumento, en apariencia incontestable, queda reducido a la nada con sólo suponer que el cónyuge depravado, por causa misma de su depravación, se negare a consentir en el divorcio. De esta manera, aunque el marido trabajara asíduamente para prostituir a su mujer y a sus hijos, no podría pedirse el divorcio, puesto que las causales dichas se han suprimido del Art. 150.

"¿Qué razón pudieran aducir los miembros de la comisión para afirmar que ambos cónyuges aceptarían el divorcio por mutuo consentimiento? Creemos que ninguna. Se descansa en un falso supuesto".

Hasta aquí las palabras del Dr. Suárez sobre este asunto, a las cuales queremos hacer unas observaciones que nos parecen de justicia.

14)—Observaciones a lo Dicho por el Dr. Suárez.

No sólo es de admirarse la rígida lógica del Dr. don Belisario U. Suárez en sus argumentaciones, mas también ese *pectus*, esa pasión comunicativa que hace del estilo una catarata abundosa, clara, hirviente.

Pero aquí, obrando en celo de la justicia, diremos que la pasión avasalló a la lógica. Pareciera haber cierta animadversión a los juristas reformadores.

La alcahuetería dejó de ser causal de divorcio. El extinto Dr. Alvarado nos convence de que hay razones suficientes para ello.

Respecto a la prostitución de la mujer y de los hijos, nada tenemos que objetar. Fué una omisión lamentable. Pero si no excusa totalmente a los reformadores la cantidad enorme de trabajo que hubieron de realizar, si atenúa su responsabilidad. La Corte Suprema de Justicia, según hemos indicado, en ejercicio de su iniciativa de ley, hizo llenar el vacío que dejaba la Comisión. El Supremo Tribunal propuso la causa 9ª vigente.

CAPITULO XV

LOCURA U OTRA ENFERMEDAD CRONICA GRAVE

1—Art. 152 C. 2—Historia de la Disposición. 3—Valiosas Opiniones Particulares. 4—Parecer del Dr. Eduardo. 5—Opinión del Dr. Suárez. 6—Criterio de Otras Legislaciones. 7—Contenido del Art. 152 C. 8—Circunstancias que integran la Excepción. 9—Del Término "Locura". 10—Ebriedad y Locura. 11—Sordomudez e Imputabilidad. 12—Del Cónyuge Loco o Enfermo Grave. 13—Finalidad del Art. 152 C. 14—Reparos a la Disposición. 15—Nuevamente se Propone la Supresión. 16—Crítica. 17—Observación Final.

1)—Artículo 152 C.

"No obstante lo dispuesto en el artículo 145 de este Código, el divorcio absoluto no procederá cuando alguno de los cónyuges adoleciere de locura o de cualquiera otra enfermedad crónica grave que le impida trabajar y no tuviere bienes propios suficientes para su subsistencia".

2)—Historia de la Disposición.

En la edición de 1893 del Código Civil, no aparece este artículo. Fué introducido por la Ley de Divorcio Absoluto de 1894 (Art. 10), y ha permanecido intacto desde entonces.

La Comisión Reformadora de 1902 propuso fuera suprimido, y razonó así en favor de su tesis:

"COMENTARIO.—El artículo 10 se suprime porque no tiene sentido toda vez que ni la locura ni las otras enfermedades crónicas de que habla esa disposición son cáusas de divorcio reconocidas por la ley".

En su primer dictamen, la Corte Suprema de Justicia rebatió con claridad tan extraño criterio, manifestando lo siguiente:

"La supresión del artículo 10 de la ley de divorcio no debe admitirse. La razón que se da en el proyecto para tal supresión es inconducente. Es cierto que ni la demencia, ni la enfermedad crónica grave acompañada de pobreza absoluta e impedimento para trabajar son causas de divorcio; pero el artículo 110 tampoco los tiene por tales, y solamente establece que, cuando concurran dichas circunstancias, no pueda tener efecto ninguna causa de divorcio de las que han señalado en otra parte, lo cual es muy justo y humano; y lo contrario sería autorizar el abandono del cónyuge demente o enfermo de gravedad y sin recurso alguno para su subsistencia". (Rev. Jud. T. VII Nº 10, 15 de mayo de 1901, págs. 221 y 222).

No obstante tan claro razonamiento, la Comisión insistió en la derogatoria de esta norma, y al rendir su segundo dictamen hubo la Corte de reafirmar sus argumentos:

"La supresión del artículo 10 de la Ley de Divorcio, que se vuelve a indicar en el nuevo proyecto, ya dijo la Corte que no tiene razón de ser, porque la demencia y la enfermedad crónica grave, acompañada de pobreza absoluta e impedimento para trabajar, no son causas de divorcio establecidas por la ley. Lo que la ley da a entender claramente en su artículo 10 es que, aunque existan causales de divorcio, si está de por medio la demencia o la enfermedad crónica, grave, etc., del cónyuge culpable, no habrá lugar a pedir el divorcio, sin duda, porque sería injusto e inhumano el abandono del cónyuge demente o enfermo de gravedad y sin recurso para su subsistencia, aunque no haya cumplido o no cumpla con los deberes de su estado".

3)—Valiosas Opiniones Particulares.

Los Doctores Belisario U. Suárez desde la "Revista de Derecho y Jurisprudencia" y Simeón Eduardo, desde las columnas de "El Foro del Porvenir" rebatieron fuertemente la interpretación dada por la Comisión al artículo de mérito. Esta entendía, por lo que se advierte, que el actual artículo 152 C. se refiere a la locura y a las enfermedades crónicas graves, en calidad de causas de divorcio. No es así: dice que, aún cuando hubiese alguna o algunas de las causales enumeradas por el Art. 145 C., será improcedente el divorcio si uno de los cónyuges padeciere de locura, u otra enfermedad crónica grave con las demás circunstancias que especifica el Art. 152 C.

No queremos prescindir de los comentarios de los Dres. Eduardo y Suárez, porque además de su mérito jurídico, tienen un gran valor documental. Y no es aventurarse mucho al conjeturar que probablemente las opiniones de estos juristas, vertidas por la prensa científica de esos días, contribuyeron a evitar que la disposición fuese derogada.

4)—Parecer del Dr. Eduardo.

Dijo el Dr. Eduardo: "Cabalmente porque ni la locura ni las otras enfermedades crónicas ha dicho la ley que son causales de divorcio, es por lo que tiene sentido el Art. 10". Adelante expresó: "La ley, pues, no obstante facultar el divorcio por las causales del Art. 2, dice que, si alguno de los cónyuges se encontrare en las circunstancias desgraciadas que se designa, el divorcio no procederá, estableciendo así casos de excepción". (Rev. "El Foro del Porvenir", Año IV, Nº 1, Jul. 1901, págs. 12 y 13).

5)—Opinión del Dr. Suárez.

El Dr. don Belisario U. Suárez expresó así su parecer:

"Esta disposición (el Art. 10 de la Ley de Divorcio Absoluto, hoy Art. 152 C.) nos parece que tiene un alto sentido moral, cual es el de evitar que al cónyuge desgraciado se le aumente su desgracia y se le eche a las calles y se le ponga en la dura alternativa de morir como perro o implorar la caridad pública.

"Es verdaderamente irritante que se pueda autorizar un divorcio en la situación que la ley contempla y, con mayor razón, si se considera que tal vez, lo cual no es remoto, la causa de la enfermedad ha sido precisamente el resultado de ímprobos trabajos que el cónyuge se ha impuesto para allegar toda clase de comodidades al hogar doméstico.

"Lo que, en nuestro concepto, y con perdón sea dicho, no tiene sentido, es el impropiamente llamado "comentario" que hemos trascrito.

¿De dónde habrá deducido la Comisión que el artículo 10 hace referencia a causas de divorcio no enumeradas en el artículo 2? La simple redacción del artículo, que comienza, "*no obstante lo dispuesto en el artículo 2,* (que es el que señala las causas de divorcio), está indicando con evidencia innegable, que el objeto de tal precepto es el de *no permitir el divorcio, aunque existan las causales del artículo 2,* cuando alguno de los cónyuges padezca de locura o enfermedad crónica grave y carezca de bienes propios para la subsistencia". ("Revista Centroamericana de Legislación, Derecho y Jurisprudencia", T. I. Nº 1, Sept. 1901, pág. sin número).

6)—Criterio de Otras Legislaciones.

Hay legislaciones que dan a estas enfermedades el efecto contrario. Bueno es recordar que, conforme a lo que nos manifiesta el Lic. Barrios Gómez (Cit. en el Cap. II de este trabajo), procedía el divorcio entre los hebreos por enfermedad "insoportable como la epilepsia o contagiosa como la lepra".

El Código Civil de Guatemala, en su Art. 185, dispone: "Son causas determinantes para decretar la separación personal de los cónyuges... 5ª) la locura o enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges, que sea bastante, según la ley, para declarar la interdicción". Y entre las causas de divorcio

absoluto señaladas por el Art. 184 C., establece, con el Nº 7, "la separación de cuerpos después de un año de haber sido declarada judicialmente en sentencia firme", de modo que la locura u otra enfermedad mental, siendo incurables, pueden dar origen al divorcio absoluto.

7)—Contenido del Art. 152 C.

Este artículo declara improcedente el divorcio absoluto, cuando concurren determinadas circunstancias a que adelante nos referiremos. Por de pronto, queremos señalar que lo que el artículo declara improcedente, es el *divorcio absoluto,* lo cual parece dar a entender que el *divorcio relativo* sí puede pronunciarse aún cuando exista la locura o enfermedad crónica grave y concurran las demás circunstancias especificadas en la disposición legal. Sin embargo, esto no es así. Como ya vimos, el Art. 152 C. nació a la vida jurídica salvadoreña en virtud de la Ley de Divorcio Absoluto de 1894, y, desde entonces hasta hoy, no han coexistido en nuestra legislación las dos formas de divorcio: únicamente ha sido reconocido el divorcio con disolución del vínculo conyugal. Concluimos al respecto que el calificativo *absoluto* en esta disposición, es inoficioso, y aún puede dar lugar a confusiones, por lo cual sería preferible borrarlo de su texto.

"No obstante lo dispuesto en el artículo 145 de este Código", empieza el que hoy estudiamos. Lo dispuesto en el Art 145 C. es que el divorcio será procedente por cualquiera de las causales en él enumeradas. Esto parece haber sido lo que perdió de vista la Comisión Reformadora de 1902, que propuso la supresión del 152 C. Así, pues, este último artículo nos dice que, aún cuando exista alguno de los móviles que nuestra ley reconoce como causales de divorcio, la disolución del matrimonio no tendrá lugar si al mismo tiempo existen las otras circunstancias que dicho artículo 152 C. enumera.

8)—Circunstancias que Integran la Excepción.

Dos opiniones diversas se sustentan en torno a las circunstancias que integran la excepción:

a)—Afirman algunos que para que la locura haga ineficaces las causas de divorcio, es menester que concurran la carencia de bienes y la incapacidad de trabajo;

b)—Otros afirman que la locura por sí sola es suficiente para impedir el divorcio, y que las circunstancias de ineptitud para el trabajo y pobreza, únicamente se refieren a "cualquiera otra enfermedad crónica grave".

Estamos con los segundos. Razones gramaticales abonan la última tesis. La parte pertinente dice: "..adoleciere de locura u otra enfermedad crónica grave que le impida trabajar y no tuviere bienes propios suficientes para su subsistencia". Si el impedimento para el trabajo hubiese de coexistir con la locura, el legislador habría colocado una coma inmediatamente de la palabra

"grave"; si la carencia de bienes, luego del verbo "trabajar". La falta de esas comas nos indica el sentido de la disposición.

Mas si no bastaran las razones gramaticales expuestas, sería suficiente, para convencerse de este aserto, el advertir la esencia jurídica de las causales de divorcio. Ellas son, como hemos dicho anteriormente, hechos ilícitos e inmorales o resultantes lógicos de tales hechos, lo que indica que han de ser voluntarias. El enajenado mental carece del discernimiento, condición *sine qua non* de la voluntariedad. Sostenemos que aunque la ley no dijera expresamente en este artículo que el loco no puede dar motivo al divorcio, habría de interpretarse así, porque la voluntariedad es de la esencia de las causales. Sin embargo, no consideramos innecesaria la disposición. Ya veremos por qué.

Así, pues la incapacidad para el trabajo y la carencia de bienes para subsistir, sólo se requieren en el caso de "otra enfermedad crónica grave" para denegar el divorcio cuando existiere prueba de una o varias causales. La locura basta por sí sola.

Si el divorcio no se decreta contra el enfermo crónico grave que carece de bienes y no puede trabajar, no es por falta de imputabilidad; es para evitar que en tan dolorosas circunstancias, quede en el abandono. Así que, si al momento de pronunciarse la sentencia se halla en tal situación, el Juez desestimará el divorcio.

Pero con respecto al loco, nos preguntamos si su locura se toma en cuenta con relación al tiempo en que se realizó la causal, o al tiempo en que se pronuncia la sentencia. Entendemos que a éste último, de lo contrario, con respecto al loco sería inútil lo dispuesto por el Art. 152, puesto que de todos modos su inimputabilidad haría desestimarse el divorcio. Esta es, precisamente, la utilidad que con respecto al enajenado representa la disposición que nos ocupa. Si Ticio incurre en una causal de divorcio estando sano y luego enloquece, la acción de divorcio no podrá prosperar mientras él se halle en tal estado.

9)—Del Término "Locura".

En su "Medicina Forense", Guatemala, 1931, página 297, escribe el Dr. don Carlos Federico Mora: "El término "loco o demente" corresponde a un concepto empírico, completamente impreciso".

Lo que vulgarmente se comprende en la voz "locura", no es una enfermedad sino un conjunto de enfermedades disímiles cuya perfecta clasificación aún no se ha logrado, y cuyas causas, formas y efectos, acaso no se conozcan todavía en su totalidad. Resulta vago entonces el término. En fuerza de abarcar mucho, pierde lineamientos exactos. Dice al respecto el Dr. Mora: "No hay en Psiquiatría una clasificación uniforme y universalmente adoptada, por más que exista un íntimo parentesco entre las muy numerosas que se han propuesto". (Ob. cit., pág. 319). Y adelante, el eminente psiquiatra y médico legista centroamericano sintetiza la clasificación de los "tipos reaccionales" del Profesor Adolfo Meyer, de Baltimore, que es la que sirve de base a las subsecuentes

exposiciones del Dr. Mora, en esta forma: "En la clasificación de Meyer se distinguen los siguientes tipos reaccionales: a)—uno en que se encuentran siempre determinadas lesiones del sistema nervioso, revelables por la autopsia: *tipo orgánico;* b)—Otro en que es evidente la intervención de factores tóxicos: *tipo tóxico;* c)—Otro que se manifiesta principalmente por disturbios de la afectividad: *tipo afectivo;* d)—Otro que depende de enfermedades adquiridas por herencia y existentes desde el nacimiento o de graves lesiones surgidas en los primeros tiempos de la vida, retardando ambas cosas el desarrollo mental: *tipo degenerativo;* e)—Otro en el que se encuentra un conjunto, un sistema, de ideas delirantes que coincide con una notoria integridad de las demás funciones psíquicas: *tipo paranoico;* f)—Otro, mucho más difícil de comprender, y aún de definir, en el que hay una disgregación, una solución parcial de la personalidad que se encuentra profundamente atacada en ciertas funciones e íntegra en otras, singularizándose el todo por lo extravagante, por lo caprichoso de las manifestaciones: *tipo esquizofrénico;* y g)—Otro en el que los síntomas orgánicos y sobre todo nerviosos, son los más conspícuos: *tipo psiconeurótico.* A esta clasificación de las "psicosis" —continúa el ex-Rector de la Universidad de Guatemala— habría que añadir, para los fines del estudio psiquiátrico-forense, las "psicopatías", pertenecientes en rigor a las psicosis degenerativas, pero colocadas en grupo aparte por su importancia y porque el hecho de ser, más que todo, desórdenes de la conducta social, en su sentido más amplio, les da un gran parecimiento entre sí. En fin, existen todavía los casos fronterizos, los tipos de transición, los caracteres exagerados con vistas a la anormalidad, los temperamentos cuasi-patológicos". (Ob. cit., págs. 319 y 320).

¿Quién traza el límite entre la cordura y la enajenación? ¿En dónde está el hombre absolutamente normal, sin gustos o antipatías irracionales, sin altas ni bajas del temperamento? El vulgo lo ha dicho con su experiencia secular: "...todos tenemos un poco".

"El maníaco es el tipo de loco, tal como el vulgo lo concibe", asienta el Dr. Mora en la página 337 de su citada obra; pero es evidente que el Art. 145 C. no se restringe a este concepto tan enmarcado. Lo que pretende la disposición que nos ocupa, es que el divorcio no proceda contra quien, por enfermedad mental, no tenga responsabilidad de sus actos. Y, en este sentido, la voz "locura", empleada con manifiesta inconveniencia, ha de abarcar también las psicosis u *oligofrenias* (idiotez, imbecilidad, debilidad mental), y no sólo los trastornos de la función intelectual, sino también los volitivos, porque mal podremos exigir responsabilidad de sus actos a quien, carente de voluntad, le es imposible refrenar su conducta en un momento dado.

Dentro de las locuras, encuéntranse algunas graves, que implican enajenación total del ánimo e ineptitup para el trabajo, y encuéntranse algunos otros extravíos más livianos, o parciales, o esporádicos". Aunque la ley no lo dice con claridad, da a entender el Art. 152 C., que sólo se refiere a la locura crónica y grave, puesto que nos habla de "otra enfermedad crónica grave", como indicando que la locura siempre afecta ambos caracteres". Esto

último no es exacto; pero a través del defecto de redacción, podemos concluir que los legisladores quisieron referirse únicamente a la locura que los tuviese.

Como determinar si una persona adolece o no de enfermedades mentales es cosa que corresponde a los técnicos de la psiquiatría, serán siempre facultativos quienes en cada caso particular y después del minucioso examen de las facultades de la persona sospechosa de locura, determinen si padece o no de enajenación mental. Nos parece oportuno indicar que, por lo dicho arriba, los psiquiatras encargados del examen han de preguntarse, no si las facultades del paciente se hallan en el estado que el vulgo denomina de "locura", sino sí, conforme a sus conocimientos científicos, la persona de que se trata es responsable de sus actos. Y así, deberán llamar "loco" al idiota o imbécil, aunque no sea este el alcance que la *voz locura* tiene en el lenguaje vulgar. Han de expresar también los peritos en su dictamen si la locura es crónica o es grave, porque sólo ésta tiene la virtud de impedir el divorcio conforme al Art. 145. No obstante, y por las razones que hemos expuesto, es nuestra modesta opinión la de que, aún cuando la locura no sea crónica, si el acto porque se persigue el divorcio fué realizado en un estado de enajenación pasajero, impedirá la disolución del vínculo matrimonial, ya que las causales deben ser imputables.

10)—Ebriedad y Locura.

La embriaguez no siempre es un vicio moralmente imputable a su víctima. Factores hereditarios, psico-patológicos, mesológicos, pueden determinarla. En los tiempos modernos, los psiquiatras hablan de una verdadera locura por el alcohol, y le asignan el nombre de dipsomanía.

Pero la ebriedad escandalosa y consuetudinaria de cualquiera de los cónyuges, integra la 6ª causal de divorcio.

Con estos elementos, nos planteamos el siguiente problema:

Cayo es ebrio habitual y esto del dominio público. Cornelia, su mujer, lo demanda en juicio de divorcio por esta causal. El apoderado de Cayo no niega la ebriedad, que Cornelia prueba plenamente; pero opone la excepción del Art. 152 C. Prueba que si Cayo es alcohólico, lo es en virtud de una dipsomanía crónica y grave.

No cabría alegar que, siendo especial la causal 6ª del Art. 145 C., ha de aplicarse con preferencia al Art. 152 C., pues ambos artículos tratan materias diferentes. La causal, se diría, es aplicable sólo en el caso de que la ebriedad consuetudinaria no constituya una locura, porque toda enajenación exime de culpabilidad no sólo por manifestarlo así el Art. 152 C., sino también por ser la imputabilidad elemento integrante de las causales. El Juez habría, en el supuesto planteado, de denegar el divorcio.

Entonces se daría este absurdo: el cónyuge correcto podría deshacerse del ebrio consuetudinario, si la ebriedad no afectase los graves caracteres de la

locura. La ley no ha querido sujetar al cónyuge sano a una pena y una vergüenza tan duras. Pero si la pena y la vergüenza son más duras aún, la solución sería desfavorable al divorcio.

Dice el Dr. Mora (Ob. cit., pág. 299), que cuando se trate de una *embriaguez patológica,* "no habrá a quien se le ocurra hablar de responsabilidad".

11)—Sordo-mudez e Imputabilidad.

Conforme al Art. 363 C., quedan sujetos a curaduría, los dementes y los sordo-mudos que no pueden darse a entender por escrito. También la palabra "demente" fué usada sin fortuna por el legislador. "En el sentido profano, dice el Dr. Mora, expresa una pura redundancia y en el científico una herejía, porque para el psiquiatra la demencia no es más que una forma, una fase, un período de la alienación mental". (Ob. cit., pág. 298). En el sentido vulgar, pues, no es otra cosa que locura; por donde advertimos que respecto al manejo de su persona y de sus bienes los sordo-mudos que no pueden darse a entender por escrito están para la ley, en lo referente a curatelas, en el mismo plano. La ley considera al sordo-mudo que no puede darse a entender por escrito, como inepto para regir sus propios actos de conducta y para manejar sus bienes.

En materia penal, la ley sustenta otro criterio: el loco o demente no delinque por inimputabilidad (Art. 8, Nº 1º Pn.) El sordo-mudo, pueda o no darse a entender por escrito, tiene una pena atenuada: se le considera como mayor de 15 años y menor de 18, y así se le han de aplicar, con el aumento o disminución que corresponda a las circunstancias, las dos terceras partes de la pena señalada por la ley, y si fuere la de muerte la de 16 años de presidio. (Art. 58 Pn., incs, 3º y 2º).

Hay casos de sordomudez, que obedecen a alteraciones psíquicas; la sordomudez de nacimiento podrá entenderse las más de las veces como una alteración de tipo degenerativo y, entonces, no procedería el divorcio contra el sordomudo de nacimiento que no pudiera darse a entender por escrito.

La falta de concordancia de los dos criterios legales en lo civil, es inadecuada. Un sordo-mudo que no puede darse a entender por escrito, aunque no sea de nacimiento, ha de sujetarse a curatela porque el legislador lo considera inepto para manejar su persona y sus bienes; desconfía de su razón y de su voluntad. Y el divorcio puede proceder contra él. No es difícil concebir así el caso en que pueda prosperar el divorcio contra un interdicto. ¿Cómo se compagina esto con el espíritu del Art. 152 C.? Nos parece, sinceramente, un defecto de la disposición legislativa.

Vemos que la ley sustenta estas tres posiciones con respecto al sordomudo.

a)—en materia de guarda, lo equipara al loco, si el sordomudo no puede darse a entender por escrito;

b)—en materia penal, lo coloca, atenuando su responsabilidad, en un plano medio, entre el enajenado y el cuerdo, sepa o no darse a entender por escrito; y

c)—en cuanto a la procedencia del divorcio, sepa o no darse a entender por escrito, lo equipara al hombre sano.

12)—Del Cónyuge Loco o Enfermo Grave.

"...alguno de los cónyuges adoleciere de locura... etc.", dice el Art. 152 C. No indica si el culpable o el inocente. Cualquiera de ellos que se halle en tales circunstancias, impide el divorcio. Vamos a señalar algunos casos en que la norma resultaría notoriamente injusta.

Ticio padece de una sífilis en último grado. No sólo es grave y crónica la enfermedad, sino contagiosa. Carece de bienes de fortuna y se halla inepto para el trabajo. Varias veces ha atentado contra la vida de su mujer, la cual, considerando los graves peligros que corre en su salud y en su vida, entabla demanda de divorcio, Ticio se excepciona conforme al Art. 152 C.

Sempronio adolece de una avanzada arterioesclerosis, crónica es la enfermedad, y grave. No tiene recursos ni su salud le permite procurárselos. Su mujer adultera, y esto causa al marido un dolor tal, que considera imposible la persistencia del matrimonio. Entabla la demanda de divorcio por la causal 2ª. Tiene suficiente prueba para establecer su extremo. Durante el curso del juicio, se excepciona la mujer diciendo: —"Mi demandante, Sempronio, adolece de enfermedad crónica grave, carece de bienes y no puede trabajar. Y como, al tenor del Art. 152 C., cuando *alguno de los cónyuges* se halla en estas circunstancias, no procederá el divorcio, pido que en sentencia definitiva se declare la improcedencia del impetrado". Y prueba suficientemente sus extremos.

13)—Finalidad del Artículo 152 C.

El supuesto anterior nos lleva a considerar la finalidad del Art. 152 C.

El matrimonio no sólo se contrae para el goce común de los buenos tiempos, sino para el consuelo y amparo recíproco en las malas circunstancias. La ley quiso por medio de esta disposición asegurar el amparo debido al loco o al enfermo grave y pobre, no propiamente por una consideración sentimental, sino por otra de orden moral, estrechamente relacionada con los fines del matrimonio. Esta finalidad está muy claramente expresada en los dictámenes con que la Corte Suprema de Justicia se opuso, en 1901 y 1902, a la derogatoria de la disposición, y que ya hemos transcrito.

En consecuencia, el Art. 152 C., establecido a favor del cónyuge que se halle en tales circunstancias, no tiene por qué favorecer al otro, cuando éste otro es el culpable y el enfermo es quien solicita la disolución del vínculo matrimonial.

14)—Reparos a la Disposición.

Estamos de acuerdo con la finalidad perseguida. El matrimonio se contrae para beber en comunión la copa de ventura o el cáliz de hiel que el destino nos depare.

Sin embargo, a pesar de que un cónyuge se halle en las penosas condiciones que señala el Art. 152 C., debería ser procedente el divorcio contra él cuando, siendo él el hechor o el culpable, lo fuese de las causales que acusan mayor perversidad o crueldad, o que ponen en peligro la salud o la vida del otro. Al menos, debería existir para estos casos la separación de cuerpos. Recuérdese que muchas de las enfermedades crónicas y graves, son también contagiosas, y pueden atacar al cónyuge sano.

Debería, además, aclararse el texto de la disposición manifestándose que sólo tiende a favorecer al cónyuge loco o enfermo, y en manera alguna al sano culpable del divorcio.

15)—Nuevamente se Propone la Supresión.

La Comisión Revisora de 1942/43, propuso nuevamente la supresión del Art. 152 C., y fundamentó así su iniciativa:

"A juicio de la Comisión resulta injusto y contrario a los deberes de socorro y ayuda mutua, que un cónyuge pueda demandar al otro en juicio de divorcio, aunque concurra alguna de las causales del Art. 133 del Anteproyecto; cuando éste (*¿el Anteproyecto?*) adoleciere de locura o de cualquiera otra enfermedad grave, a menos que se adopte en el Código el criterio de la "discrepancia" objetiva en las causales de divorcio, y se consideren la enajenación mental y la enfermedad grave, de por sí como causas para la disolución del vínculo matrimonial".

"Tal como lo consigna el Código vigente, resulta un contrasentido jurídico hacer responsable, por ejemplo, de adulterio, al enajenado mentalmente, cuando en verdad se está en presencia de un *inimputable,* cualquiera que sea la acción por él cometida.

"Por otra parte el Código no determina cómo se debe asegurar la vida futura del enajenado o enfermo grave divorciado, vacío en la ley que puede dar lugar a inmisericorde abuso respecto de quiénes deben ser protegidos por la sociedad y sus allegados sobre todo".

16)—Crítica.

La Comisión Revisora encuentra injusto que un cónyuge pueda demandar al otro, si este último adolece de locura. De acuerdo: es injusto. El loco es un *inimputable,* como dice la Comisión. Pero precisamente este Art. 152 C. está diciendo éso: que no procede la acción de divorcio contra el loco, aún cuando exista una o haya varias de las causales del Art. 145 C.

"El Código no determina cómo se debe asegurar la vida futura del enajenado o enfermo grave divorciado", como escribe la Comisión, por dos razones fundamentales:

a)—Porque contra el enajenado grave y crónico, nunca procede el divorcio; y

b)—Porque contra el enfermo de enfermedad crónica grave, sólo procede cuando él puede trabajar, cuando tiene bienes, o cuando disfruta de ambas ventajas. No necesita, pues, de más protección.

17)—Observación Final.

En el Art. 152 C. empieza: "No obstante lo dispuesto en el artículo 145 de este Código..." Es decir: aunque haya alguna de las causales de dicha disposición, y aunque concurrán varias, no procederá el divorcio si alguno de los cónyuges se encuentra en las penosas circunstancias que señala el artículo en estudio.

Este artículo, pues, no se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, que sí procedería aún cuando uno de los cónyuges, o ambos, adoleciere de enfermedad crónica grave, estuviere imposibilitado para el trabajo y careciere de bienes para su subsistencia.

Pero ni por mutuo consentimiento procederá el divorcio si uno de los cónyuges adolece de locura, porque el enajenado no es capaz de consentir.

Las razones dadas en los dos primeros párrafos de esta "Observación Final", vienen a reforzar nuestra idea, ya expresada, de que el Art. 152 C. se ha establecido en beneficio del que se halle en tan desgraciadas condiciones, y no puede favorecer al otro cónyuge, aunque literalmente lo abarque la disposición.

CAPITULO XVI

EXTINCION DE LAS CAUSALES

1—Historia del Art. 147 C. 2—Fundamento Filosófico. 3—Excepciones. 4—Jurisprudencia Pertinente. 5—Nuestra Tesis al Respecto. 6—Expresión Impropia. 7—¿Prescriben las Acciones de Divorcio? 8—Reforma Propuesta en 1943. 9—Notas Críticas.

1)—Historia del Art. 147 C.

El Art. 152 del Código Civil de 1860 estaba redactado en los términos siguientes:

"Las causas de divorcio expresadas en este Código se extinguen por el perdón".

"Se presumirá de derecho que éste ha intervenido, siempre que el cónyuge inocente no haya entablado su demanda dentro de tres meses después de haber tenido noticia de aquéllas".

Fué por la Ley de Divorcio Absoluto (24 de Abril de 1894), que el artículo se reformó, quedando tal como hoy se halla vigente:

"Art. 147)—Las causas de divorcio absoluto se extinguen por el perdón expreso o presunto del cónyuge agraviado.

"Se presume de derecho que ha intervenido el perdón, siempre que el cónyuge inocente no haya entablado su demanda de divorció absoluto dentro de cuatro meses después de haber tenido noticia cierta de aquéllas".

Advertimos que la reforma se limita: en el primer inciso, a aclarar que el perdón puede ser expreso y que el perdonador debe ser el cónyuge agra-

viado; en el segundo, a agregar el calificativo de *absoluto* al divorcio —cosa innecesaria, pues a partir de esa misma ley no existe otra clase de divorcio en El Salvador—, a extender el plazo para ejercer la acción, de tres a cuatro meses, y a agregar el calificativo "cierta" al sustantivo "noticia".

2)—Fundamento Filosófico.

El legislador ha querido que el divorcio sólo sea logrado:

a)—por causas especiales, consideradas de gravedad suficiente y taxativamente enumeradas por la ley; y

b)—por mutuo consentimiento de los cónyuges, toda vez que se sigan los trámites correspondientes.

En ambos casos (pero mucho más en el primero), consideró el legislador que, en estas cuestiones que afectan al régimen familiar, al lado o por encima de los intereses particulares, se encuentran los intereses de la colectividad. Ya sobre esto hemos hablado extensamente, y consideramos innecesario repetir lo dicho.

Fija, pues, la ley, de una manera taxativa, los móviles que estima de suficiente gravedad como para disolver el vínculo sagrado del matrimonio. Salta a la vista que sería imprudencia muy grande no permitir que la validez de esas causales se extinguiese: si hay una prescripción para las acciones de orden patrimonial, con mayor razón ha de haber un término para estas otras acciones, cuyo uso repercute en la organización social.

En las nueve primeras causales, hay uno de los cónyuges que es personal y directamente ofendido; en la décima, aunque no se ve tan claramente quién es el cónyuge ofendido, también lo hay, en la mayoría, si no en la totalidad de los casos, pues un paso de tanta trascendencia, como lo es el de la separación absoluta, no se da sin eficientes motivos.

En términos generales, la ley tiene interés en que los matrimonios no se disuelvan: si permite su disolución en ciertos casos, es atendiendo a que la vida puede hacerse, para uno o ambos esposos, imposible mientras el matrimonio subsista. De aquí que, si el ofendido perdona la ofensa que le ha inferido su consorte, la ley no siga manteniendo la validez de la causal. Sería absurdo que la ley demostrase una inflexibilidad mayor que la del propio agraviado.

El perdón que extingue las causales puede ser, ya expreso, ya presunto. Será expreso cuando el cónyuge agraviado haya manifestado, judicial o extrajudicialmente, que perdona a su consorte la ofensa inferida. Mas, este perdón, como el presunto que ya veremos, no podrá extenderse a ofensas futuras, lo cual sería una condonación de dolo futuro, inadmisible por inmoral, que dejaría al cónyuge ofensor en condiciones de seguir faltando impunemente a sus deberes. Es presunto el perdón, cuando el cónyuge agraviado deja pasar el término de cuatro meses sin solicitar el divorcio. Los cuatro meses se cuentan

a partir de la fecha en que el agraviado tuvo *noticia cierta* de la ofensa, y la presunción es de derecho: no admite prueba en contrario.

No podría la ley exigir al cónyuge agraviado que ejercitase su acción por meras sospechas, por numerosas, graves y concordantes que fuesen. La estabilidad del matrimonio requiere garantías. Así que el cónyuge agraviado goza de todo el tiempo que fuere menester, para cerciorarse de la existencia de los hechos constitutivos de la causal, y el término del perdón presunto no empieza a correr sino desde que existe la certeza. Esto ocasiona dificultades de prueba: el Juez, en cada caso particular, habrá de atenerse a la prueba de autos para empezar a contar los cuatro meses de la presunción. Como éste es problema de índole procesal, nos referiremos a él en la segunda parte de esta monografía.

3)—Excepciones.

Sistemáticamente, nuestros Tribunales han resuelto que, por su propia naturaleza, las causales de abandono y separación absoluta no son susceptibles de extinción por el perdón presunto.

Nosotros disentimos de esa tesis, conscientes de que es casi una aventura sostener un criterio en oposición a tan nutrida y respetable jurisprudencia. Ya expondremos nuestro punto de vista al respecto. Por de pronto, séanos permitido citar y reproducir parcialmente algunos fallos.

4)—Jurisprudencia Pertinente.

Del "Indice de la Jurisprudencia Salvadoreña", del Dr. don Angel Góchez Castro (Santa Ana, 1935), reproducimos las siguientes síntesis doctrinarias:

Sentencias de Segunda Instancia:

"Cuando el divorcio se funda en la separación, no puede presumirse el perdón de que habla el Art. 147 inciso 2º C., ni es posible la prescripción. R. J. Agosto 1907, pág. 279".

"El perdón presunto de que habla el Art. 147 inc. 2º C., no tiene aplicación en el caso de alegarse la causal de abandono... etc. R. J. Septiembre 1909, pág. 392".

Sentencia de Tercera Instancia:

"El divorcio por separación puede pedirlo cualquiera de los cónyuges, aún el que ha dado motivo a la separación. No prescribe esta acción, ni puede existir el perdón tácito de que habla el Art. 147 C.—R. J. Diciembre 15, 1907. Pág. 458".

"...El perdón presunto no tiene lugar respecto a las causales 7ª y 10ª; pero sí respecto a la 3ª del Art. 145 C. R. J. Octubre de 1922. Pág. 547".

La jurisprudencia que sigue, la hemos extractado personalmente de resoluciones publicadas en la Revista Judicial, entre 1931 y 1940:

La Honorable Cámara de 3ª Instancia, en fallo proveído a las 10 horas del 17 de junio de 1932 a ponencia del Dr. don Félix A. Gómez, se expresó: "...no puede haber prescripción de un hecho permanente que todavía se realiza en la actualidad (el abandono)..." (Rev. Jud., págs. 214 a 220).

La misma Cámara, a ponencia del mismo Magistrado, proveyó a las 10 horas del 14 de septiembre de 1938: "...la génesis de la causal del abandono, así como en la separación absoluta, no se verifica por un hecho simple y aislado en el curso del tiempo, pues su existencia está íntimamente vinculada a la sucesión de este mismo tiempo, *actuando siempre en el presente la causa generatriz,* con la característica especial de que a medida que pasa y se acumula mayor tiempo, la causal de abandono se fortalece y acrecienta su eficacia, haciéndose más razonable su aceptación para conceder el divorcio pedido, sucediendo todo lo contrario en las demás causales de divorcio, salvo la de separación absoluta, pues a medida que el tiempo se aleja del hecho que generó la causal, penetra el olvido de la ofensa o incita al perdón; no habiendo, pues, otro medio legal para destruir radicalmente la causal de abandono que reanudar voluntariamente, de modo efectivo, la vida conyugal. No es posible entonces perdonar presuntivamente una ofensa ni prescribir una acción *que se apoya en causa presente y activamente;* debiendo entenderse que el mínimo de tiempo señalado por el Art. 145 Nº 7º C., es simplemente un término prudencial que fija el momento en que nace la acción de divorcio nada más sin la restricción consignada en el inciso 2º del Art. 147 C., aunque esta disposición no haga distingos entre las causales de divorcio... toda vez que esa distinción surge forzosamente de la naturaleza intrínseca de la causal de divorcio por abandono, o de la de separación absoluta en su caso". (Rev. Jud. Jul./Dicbre. 1938, págs. 381 a 390).

5)—Nuestra Tesis al Respecto.

Ya indicamos que respetuosamente, y no sin algo de temor, nos permitimos disentir en un punto de tanta importancia, a cuyo favor hay tan copiosa y concordante jurisprudencia.

Nada tenemos que objetar en lo referente a la separación absoluta. Cuanto más tiempo transcurre estando los cónyuges absolutamente separados, más se vigorizan las razones para estimar que es imposible la convivencia armónica de los casados. La elocuencia de los hechos es aquí irrefragable. Además, nuestro legislador ha fijado para la separación absoluta el término de un año como mínimun. Luego, cabe observar que el perdón *implica la existencia de un agravio, y el agravio, culpabilidad de quien lo infiere.* Siendo, como es, que ante los ojos de la ley no hay culpabilidad en la sola separación absoluta, mal podría en ella hablarse de perdón, ni expreso ni presunto: no hay nada que perdonar.

Pero el caso del abandono es diferente. El abandono es la omisión del deber de convivencia, *y se manifiesta por un hecho,* que puede ser el dejar el domicilio conyugal, el arrojar de él al otro cónyuge, o el dejar la mujer, sin motivo justo, de seguir al marido. Esta dejación no se realiza todos los días, en forma continuada. No es un estado permanente en el tiempo: es un hecho que se consuma de una sola vez. De tal dejación surge una separación, que puede ser absoluta o relativa, y que conviene discernir de su causa generatriz (el abandono). Además, el abandono implica culpabilidad, y ésta es precisamente la que puede condonar el cónyuge agraviado, expresamente o en forma presunta. Es del caso recordar que la culpabilidad surte efectos jurídicos particulares. Y hay todavía otra razón: el abandono ha de ser, dice la ley, "*por espacio de seis meses*". Esto no es lapso *mínimo*: es lapso *único* para integrar la causal.

Vamos a imaginar algunos casos para expresar mejor nuestras ideas:

Sempronio abandona a su mujer, Cornelia. Transcurren 6 meses desde el hecho, y ella tiene inmediato conocimiento de que la causal de abandono ha surgido a su favor. Pero deja transcurrir los cuatro meses del perdón presunto, sin entablar querella contra el culpable. La separación continúa, aunque, a nuestro juicio, el abandono se ha extinguido por el no ejercicio de la acción, ya que había un agravio que Cornelia era libre de perdonar o no. La separación es absoluta. Al cabo de un año, a partir del abandono, podría Cornelia demandar a su marido con base en la causal 10ª, y no en la 7ª.

Abandona Cayo a Ligia por seis meses. Ella sabe que ha surgido a su favor la causal 7ª. Luego, Cayo regresa al hogar, y ella, creyendo que aún podrá rehacer el amor destruido, lo acoge a su lado. Pero antes de concluir los cuatro meses del perdón presunto, advierte que todo es imposible, que el golpe moral recibido no permite la reintegración del afecto, y demanda al marido en juicio de divorcio por abandono. ¿Procedería? No vacilamos en decir que sí: la ley no establece más que una clase de perdón presunto, y ella estriba en dejar pasar el término del caso, sin ejercitar la acción. En cambio, con respecto a la separación, esta nueva convivencia sí destruiría la posibilidad del divorcio; pero no porque existiese perdón presunto —ya que en la separación no hay agravio que perdonar, sino porque la separación perdería su carácter de absoluta, indispensable para que amerite el divorcio.

Ticio deja el hogar conyugal, abandona a su consorte. Pero no deja de cumplir con sus obligaciones de orden patrimonial: mensualmente, le envía dinero abundante, con afectuosos recados; cuando ella se enferma, la provee de médico y medicinas, etc., etc. En atención a estas circunstancias, ella deja pasar los cuatro meses del perdón presunto, sin demandar a su marido. Pasan dos años en idéntica situación. ¿Podría ella demandar a Ticio por separación absoluta? Es evidente que no: la separación no es absoluta. ¿Por abandono? Conforme a nuestra tesis, tampoco, pues ya ha sido condonado en forma presunta.

Queremos aclarar que los anteriores ejemplos no los damos en calidad de prueba de nuestras aseveraciones, las cuales creemos haber fundamentado en forma suficiente, sino sólo como aplicaciones que permiten ver con más nitidez los alcances de nuestro criterio.

6)—Expresión Impropia.

Advertimos que algunas veces nuestros Tribunales han hablado de la "prescripción de las causales", refiriéndose al perdón presunto, lo cual nos parece impropiedad de términos.

La prescripción, definida en el Art. 2231, sólo exige el transcurso del tiempo. El no ejercicio de la acción, quita a ésta su eficacia jurídica. Pero aquí el no ejercicio no es el que quita su eficacia a la acción: es el perdón el que lo hace. El transcurso del tiempo determina sólo la presunción del perdón.

7)—¿Prescriben las Acciones de Divorcio?

Nos preguntamos si, independientemente del perdón presunto, existe o puede existir la prescripción de las acciones de divorcio.

No vemos inconveniente de orden teórico para que sea así. Sabemos que el término del perdón presunto empieza a correr desde que el cónyuge agraviado tuvo noticia cierta de la existencia, a su favor, de la causal. Pero un hombre, para el caso, puede venir a saber el adulterio de su mujer hasta 20 ó 30 años después de cometido, y para estos casos debería haber un término de prescripción. Sin embargo, no lo hay. Los Capítulos III y IV del Título XLII. Libro Cuarto del Código Civil, nominados, respectivamente, "De la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales" y "De ciertas acciones que prescriben en corto tiempo", se refieren exclusivamente a acciones de orden patrimonial.

8)—Reforma Propuesta en 1943.

La Comisión Revisora que rindió su informe en 1943, propuso que el actual Art. 147 C., al cual corresponde en el proyecto el número 137, quedase concebido así:

"Art. 137)—Las causas del divorcio se extinguen por el perdón expreso.
"Pasados seis meses desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho o hechos en que se funda la causa respectiva, no podrá éste ya ejercitar la acción de divorcio.

"Sin embargo, tratándose de las causales 6ª, 9ª y 10ª del Art. 135, podrá ejercitarse mientras subsista el estado de los hechos que la motivan".

Dicha Comisión expuso los siguientes motivos:

"Se mejora la redacción del artículo 147 vigente; se extiende hasta seis meses el plazo para ejercer la acción de divorcio, y se determina, con toda

claridad, que en las causales sexta, novena y décima, del artículo 133, la acción de divorcio podrá ejercitarse mientras subsista el estado de los hechos que las motivan, llenando así un vacío que existe en la legislación actual respecto de estas causales en relación a la prescripción de las mismas".

Las causales que no admiten perdón presunto conforme al proyecto, son: el abandono, la separación y la declaratoria de muerte presunta, que la Comisión propone y no existe actualmente en nuestra ley.

9)—Notas Críticas.

No sólo no se mejora la redacción del Art. 147 vigente, sino que se echa a perder, con perdón de los juristas comisionados.

Habla el proyectado artículo del "hecho o hechos en que se funda la causa respectiva", y no es ése el lenguaje propio, porque tal hecho o tales hechos no son el fundamento de la causal, sino la causal misma. La oración "no podrá éste... etc.", gramaticalmente se refiere al sujeto próximo "tal hecho"; para referirse al sujeto remoto "cónyuge", debió emplear la Comisión más adecuada forma. El último párrafo insiste en que los hechos motivan la causal de divorcio, cuando son ella misma.

Atinado nos parecería reducir el término del perdón presunto, mas no aumentarlo, ya que a la sociedad le interesa que se consolide cuanto antes la estabilidad del matrimonio, que es institución de orden público.

Respecto a la separación, ya hemos visto que no cabe perdón, porque no hay agravio que perdonar, su naturaleza es la de un estado que permanece en el tiempo, y la ley sólo fija tiempo mínimo para que constituya causal. Respecto a la declaratoria de muerte presunta, no vemos qué agravio haya en morir, real o presuntivamente, para que ello sea motivo de perdón. De modo que con respecto a estas dos causales, es rotundamente innecesaria la aclaración contenida en el último inciso del Art. 137 Proy. Cierto que el Proyecto no habla de perdón presunto, que sólo dice que no procederá la acción de divorcio. Pero, aunque no lo exprese, a perdón presunto se está refiriendo, lo que se deduce de los siguientes datos:

a)—habla de la improcedencia de la acción en el mismo artículo en que se refiere al perdón;

b)—los antecedentes legislativos son los del perdón presunto;

c)—el fundamento filosófico-jurídico de la disposición es el mismo que el del perdón tácito: el no ejercicio de la acción durante un tiempo prudencial a partir de la noticia cierta de su existencia, induce a estimar que el agravio ha sido condonado;

d)—si se tratara de una prescripción, lo expresaría el Proyecto;

e)—si se tratara de una prescripción, no habría motivo para excluir de

ella las acciones de separación, abandono y muerte presunta, de las cuales habría de darse un término más largo a la 1ª;

f)—la prescripción se cuenta desde que la acción o derecho ha nacido (Art. 2253 C.), y el perdón presunto, desde la noticia cierta de la existencia de la causal. (Art. 137 Proy).

En lo que atañe al abandono, ya expresamos nuestra tesis personal. No vemos razón para que se excluya del perdón presunto, ya que aquél se manifiesta por el hecho de la dejación, e importa culpabilidad susceptible de perdón.

Sobre la muerte presunta diremos que su entidad no es la de una causal de divorcio. La ley rodea la presunción de muerte por desaparecimiento de suficientes garantías como para que tal presunción opere, por sí misma y de pleno derecho, como causa de extinción del yugo matrimonial.

Advertimos que en los motivos expresados por la Comisión, se confunde el perdón presunto con la prescripción, como en algunas sentencias de nuestros Tribunales.

CAPITULO XVII

MUTUO CONSENTIMIENTO-HISTORIA LEGISLATIVA

1—El Problema del Mutuo Consentimiento en la Ley de Divorcio Absoluto. 2—El Congreso Jurídico Centroamericano. 3—La Reforma de 1902. 4—Dos Recuerdos Oportunos. 5—Impugnaciones del Dr. Suárez. 6—Reforma de 1907.

1)—El Problema del Mutuo Consentimiento en la Ley de Divorcio Absoluto.

El legislador de 1894, que consideró como un imperativo de la cultura salvadoreña la inclusión del divorcio absoluto en nuestras leyes, advirtió que éste no podría concederse inconsultamente a las desavenidas parejas, y que era menester señalar límites muy precisos y rigurosos al ejercicio de tal derecho, para evitar que la ley viniese a degenerar en apañadora de inmoralidades.

Advertimiento oportuno.

Ya que se abría la puerta de salida a la ciudadela del matrimonio, era del caso cuidar por que no fuese muy amplia la abertura. De serlo el matrimonio, institución venerable, habría caído presto en lastimosa situación. Habría bajado de su ilustre y antiguo plinto, para quedar al haz de las formalidades vacuas, carentes de sentido humano y de utilidad jurídica. El casarse y el descasarse sin razones bastantes —pensó el legislador de entonces— sería la derrota del hogar.

Entonces como segundo inciso del artículo de la ley de divorcio, escribió el que dice:

"Tampoco podrá decretarse el divorcio absoluto, en ningún caso, por el mutuo consentimiento de los cónyuges".

2)—El Segundo Congreso Jurídico Centroamericano.

El Segundo Congreso Jurídico Centroamericano reunido en San Salvador en 1901, redactó un Tratado Centro Americano de Derecho Civil, reconocido como ley de El Salvador por la Asamblea Nacional Legislativa por decreto de 6 de marzo de 1902. En dicho Tratado, se permitía el divorcio por mutuo disenso. Y conforme al Tratado, antes de establecerse los trámites del juicio respectivo, se presentó en el país el primer caso de divorcio por mutuo consentimiento, que nosotros relacionamos en la segunda parte de esta monografía.

3)—La Reforma de 1902.

Todavía en 1901 la Comisión Reformadora del Código Civil al pie de las modificaciones que proponía al Art. 145 C. (numeración actual), estampaba estas palabras:

"Entre las muchas causas que los esposos pueden alegar para pedir el divorcio, la ley civil sólo debe reconocer aquéllas que revisten un carácter de gravedad incontestable. Guiándose por este principio, la Comisión enumera en este artículo las únicas que en su concepto deben aceptarse, omitiendo algunas de las que trae la ley de divorcio absoluto y agregando la que se consigna en el artículo 8 de la reforma".

La propia Comisión de 1901, si bien ateniéndose al Tratado Centroamericano de Derecho Civil de ese mismo año, incorporó el mutuo consentimiento a nuestro Código Civil.

La propuesta y el "Comentario" respectivos de la Comisión, rezaban así:

"El Art. 5º de la citada ley de divorcio se reforma en estos términos: "También habrá lugar al divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges con las condiciones siguientes:

"1ª)—La separación por mutuo consentimiento no se podrá pedir sino después de dos años de celebrado el matrimonio.

"2ª)—La demanda escrita de divorcio será presentada personalmente por los interesados al Juez, quien oirá por separado a cada uno de ellos y procurará enterarse de los verdaderos motivos de la desavenencia, con el objeto de ver si es posible la reconciliación de los cónyuges.

"3ª)—No se accederá a la demanda si los esposos no la ratifican en persona un año después de haberla presentado.

"4ª)—Dicha ratificación, para ser admitida, deberá hacerse dentro de los quince días subsiguientes a la expiración del plazo señalado en el número anterior.

"5ª)—Tampoco se accederá al divorcio si apareciere que los cónyuges han vivido juntos aunque sólo sea un día después de haberlo solicitado.

"*Comentario.*—Casos hay en que los casados, por evitar el escándalo o la deshonra de uno de ellos, sobre todo en los matrimonios que tienen hijos, quisieran poder divorciarse sin necesidad de dar a conocer las causas de la desavenencia conyugal. Suele también ocurrir que la razón del divorcio sea un secreto de familia que no se puede divulgar, o cuya divulgación acarrearía el deshonor, la ruina o la desgracia de otras personas; o que la separación sea motivada por enfermedades o vicios vergonzosos no previstos por el legislador; o que sin mediar ninguno de los motivos señalados por la ley, la vida común se haya hecho imposible por el aborrecimiento o la aversión insuperables de uno de los esposos hacia el otro. Por todas estas razones, la Comisión cree que conviene admitir el divorcio por mutuo consentimiento; pero no sin adoptar las restricciones y precauciones indispensables para evitar que un paso de tanta trascendencia sea el resultado de la irreflexión o de un capricho pasajero. Establecida en esta forma la separación por el acuerdo de los interesados, tiene, además, la ventaja de que, no haciéndose públicos los agravios recibidos, es más fácil la reconciliación de los esposos en el plazo que les concede la ley para que declaren si persisten en sus propósitos".

Por ley de 4 de agosto de 1902, se promulgó la reforma propuesta, con la misma redacción, modificada únicamente en lo que sigue: en la circunstancia primera, en vez de escribirse "la separación...", se escribió: "el divorcio..."; en vez del punto y aparte que separa entre sí las circunstancias, se colocaron dos puntos; y, al final del último inciso, en vez de "aunque sólo sea un día...", se estampó: "aunque sea sólo un día...".

4)—Dos Recuerdos Oportunos.

Dos cosas conviene recordar aquí: la una, porque su recuerdo es un acto de justicia. La otra, porque añade un elemento útil a la exposición histórica.

Es la primera de estas cosas que el Dr. Salvador Gallegos, miembro de la Comisión Reformadora, no estuvo de acuerdo con que el mutuo disenso fuese reconocido por nuestra ley, y así lo manifestó en nota dirigida a la Honorable Corte Suprema de Justicia, fechada el 10 de abril de 1901.

Y la segunda es que la Comisión tenía por objeto primordial el de poner nuestro Código Civil a tono con el Tratado Centroamericano sobre Derecho Civil, firmado en San Salvador ese mismo año de 1901, el cual establecía principios fundamentales que servirían para uniformar las legislaciones en los países signatarios.

Rezaba, en lo pertinente, el Tratado:

"Art. 22)—Las partes contratantes convienen en adoptar los siguientes principios y declaraciones:

. . . .

"h)—La ley reconoce el divorcio en cuanto al vínculo aún por mutuo consentimiento".

5)—Impugnaciones del Dr. Suárez.

Por el gran interés jurídico e histórico que tiene, reproducimos a continuación las impugnaciones que hizo el Dr. don Belisario U. Suárez a la admisión del mutuo consentimiento. El Dr. Suárez se expresó así:

"¿Por qué razón el mutuo consentimiento no se admite si no han pasado dos años de celebrado el matrimonio? ¿Acaso durante ese tiempo y tal vez el día siguiente de la celebración, no pueden existir las causas que indica el comentario como suficientes para admitir el mutuo consentimiento? Es evidente que sí. Tomemos un ejemplo y supongamos que los cónyuges se hallan en el caso contemplado en el Nº 1º del Art. 150.

"La ley en este número reconoce como causa de divorcio la preñez de la mujer por consecuencia de relaciones ilícitas anteriores al matrimonio ignoradas por el marido. El descubrimiento de este hecho evidentemente tiene que ocurrir en los primeros meses del primer año. Los cónyuges, valiéndose de las mismas expresiones del comentario o sea de los motivos de la ley, "quisieran poder divorciarse sin dar a conocer la causa de la desavenencia, para evitar el escándalo o la deshonra". Supongamos también que la mujer comete adulterio en los dos primeros años o es maltratada frecuentemente por el marido.

"En esos casos y otros análogos no se admitiría el mutuo consentimiento para producir el divorcio, no obstante existir las mismas razones del comentario. ¿Será que lo que es escandoloso y deshonroso pasados los dos primeros años deja de serlo por no haber pasado este último tiempo?

"El adulterio de la mujer es causa de escándalo después de dos años; pero no lo es en los primeros veinticuatro meses. ¿Puede darse afirmación más destituida de fundamento?

"Para que la reforma estuviese de acuerdo con el motivo que la sustenta, no debía haberse consignado la disposición que criticamos. Pero hay algo más: cuando se admite un principio, deben admitirse todas las consecuencias. Si el mutuo disenso es suficiente para decretar el divorcio, debe serlo en todo tiempo, lo mismo en los dos primeros que en los veinte años subsiguientes.

"Si, como dice el comentario, puede no mediar ninguno de los motivos señalados por la ley y; sin embargo, la vida en común se ha hecho imposible por el aborrecimiento o la aversión insuperable de uno de los esposos hacia el otro, ¿por qué fundados en esto no admitieron los miembros de la comisión el divorcio por el único consentimiento? Convenimos con la Comisión con que hay que adoptar las restricciones y precauciones indispensables para evitar que un paso de tanta trascendencia sea el resultado de la irreflexión o de un capricho pasajero; pero la Comisión, a su vez, debe convenir con nosotros en que tales restricciones deben ser de tal naturaleza que sin herir el principio, el mutuo disenso, produzcan el resultado de evitar que el paso de tanta trascendencia sea producto de la irreflexión o del capricho.

Si el principio es bueno y si ni la sociedad ni los terceros tienen derecho de impedir la ruptura del vínculo matrimonial sino cuando existan causas de suma gravedad, ¿por qué limitar los efectos del mutuo consentimiento? Para evitar el escándalo, porque escándalo hay en romper sin motivo justificado los lazos permanentes que nos unen a una persona a quien hemos jurado fidelidad o amor, a quien conceptuamos como carne de nuestra carne, con quien gozamos con sus goces y sufrimos con sus dolores, y con quien mantenemos vivo el fuego del hogar; para evitar escándalo, ¿no sería mejor producir un solo escándalo y declarar que el matrimonio no tiene fines permanentes ni sociales que cumplir, y que, por lo tanto, los contrayentes pueden celebrarlo como cualquier otro contrato, arrendándose mutuamente sus servicios por un tiempo determinado?

"El Art. 5º reformado es, pues, un artículo vergonzante, un corolario a medias, una transacción, un hijo que se come a su padre, toda vez que la limitación a la libre voluntad de los esposos es un golpe asestado a la misma voluntad, al principio generador del mutuo consentimiento.

"Aunque nosotros no aceptamos tal principio por conceptuarlo disolvente y corruptor, declaramos que hubiéramos elogiado a la comisión si ésta hubiera sido consecuente aceptando todas las deducciones lógicas que se desprenden del contrasentido jurídico del mutuo consentimiento.

"Según el Art. 138 del Código Civil puede contraerse matrimonio por medio de apoderado con poder especial. Si, pues, se permite celebrar el acto por medio de apoderado especial, ¿por qué razón exige el Nº 2º del Art. 5º que el escrito de divorcio debe presentarse personalmente? ¿Por qué se excluye o prohibe la presentación del escrito por medio de apoderado especial?

"Y si la mujer o el marido o àmbos son menores de edad, ¿se admitirá el escrito de divorcio sin intervención del padre, madre o tutor a quien se pidió el consentimiento para el matrimonio, o será preciso oír a dichas personas? Si la sola voluntad no es bastante para admitir como válido el consentimiento para celebrar el matrimonio; ¿por qué sin cambiar los motivos fundamentales, ha de ser suficiente para la ruptura del vínculo? Nada dice ni decide la ley reformada.

"Para que se acceda a la demanda, debe ratificarse, según el Nº 4º, dentro de los quince días subsiguientes a la expiración de un año, contado desde que se presentó el escrito.

"Suponemos que este plazo se ha concedido por creerlo suficiente para hacer olvidar los motivos pasajeros de divorcio entre los cónyuges, de tal manera que, si después de ese año éstos persisten en su propósito, es porque las causas sumamente graves, tanto, que ni el transcurso de un año han podido borrarlas.

"Pero, según la reforma, no se admitiría la ratificación dos años o dos meses del plazo prefijado. ¿No es evidente que, a medida que sea mayor el tiempo transcurrido, será más fundada la presunción de que los motivos del

divorcio son gravísimos? Quince días después del año son suficientes para calificar la gravedad de la desavenencia; pero mayor tiempo, contra las reglas de la lógica, harían creer lo contrario.

"¿Qué objeto tendría obligar a los cónyuges a presentar nuevo escrito de divorcio fundados en la misma causa de mutuo consentimiento? ¿No es esto atacar el principio mismo en que descansa la ley?

"Y si después de ratificado el escrito y antes de la sentencia, uno de los cónyuges declara que ya no tiene voluntad de divorciarse, ¿qué deberá hacer el Juez? La lógica enseña que ya no procede el divorcio toda vez que falta el consentimiento mutuo.

"Acerca de la prescripción del Nº 5º, o sea a que no se acceda al divorcio si los cónyuges han vivido juntos aunque sea un solo día después de la solicitud, preguntamos: ¿Quién debe aducir la prueba? Los cónyuges no, porque están interesados en romper el vínculo, y, en caso de que uno de ellos ya no quiera divorciarse, le bastaría declararlo así para su objeto, sin necesidad de recurrir a la prueba de haber vivido un solo día junto con el otro.

"Será el Juez el que debe recoger la prueba de oficio? No lo dice la ley. La disposición del Nº 5º es, pues, inútil, y en caso de producir algún efecto, sería contrariando el principio del mutuo disenso.

"Pero todavía pueden presentarse otras cuestiones no menos graves y que no están resueltas por la comisión.

"¿Qué efectos produce la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento?

"El Art. 156 reformado no señala tales efectos sino para los casos en que haya cónyuge inocente, cosa que no puede averiguarse en el caso de mutuo consentimiento. Supongamos que ambos cónyuges pretenden tener bajo su guarda a los hijos del matrimonio disuelto. Como no se les puede dar a los dos, por la sencilla razón de que están divorciados, ¿a quién los entregará el Juez, y qué reglas le servirán de norma para resolver un punto de tanta gravedad y trascendencia? Nada se dice en el proyecto". ("Rev. Centroamericana de Legislac., Drcho. y Jurisprudencia", T. I. Nº 1, Sept. 1901, págs. sin numeración).

6)—Reforma de 1907.

En 1907, el 21 de junio, el artículo de que hablamos sufrió nueva reforma, y desde entonces rige como hoy está redactado el Art. 148 C.:

"Art. 148 C.)—"También habrá lugar al divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges con las condiciones siguientes:

> "1ª)—La demanda escrita de divorcio deberá ser presentada al Juez por los interesados en persona o por medio de apoderado exclusiva y especialmente constituido para el juicio de divorcio;

"2ª)—El Juez procurará un avenimiento entre las partes y no accederá a la demanda si éstas no la ratifican tres meses después de haberla entablado; esta ratificación deberá presentarse de la manera indicada en el inciso anterior;

"3ª)—Dicha ratificación, para que sea admitida, deberá presentarse dentro de los quince días subsiguientes a la expiración del plazo señalado en el inciso precedente".

Dado el sistema que se siguió para dictar las reformas de 1907 (v. Cap. XIX, párrafo 7), no hay, respecto a ellas, ni exposición de motivos ni informes de la Corte Suprema de Justicia.

CAPITULO XVIII

MUTUO CONSENTIMIENTO - CONSIDERACIONES

1—"Mutuo Consentimiento" o "Mutuo Disenso". 2—De la naturaleza Jurídica del Matrimonio. 3—Dilema. 4—Consecuencias Lógicas del Principio. 5—Impugnación del Mutuo Consentimiento. 6—Las "Condiciones" del Art. 148 C. 7—Culpabilidad e Inocencia. 8—De la Presunción de Inocencia. 9—Locura, Minoridad y Consentimiento.

1)—"Mutuo Consentimiento" o "Mutuo Disenso".

Indistintamente suele llamarse "mutuo consentimiento" o "mutuo disenso" al acuerdo de voluntades de los cónyuges que quieren poner, legalmente, fin a su vida matrimonial.

La expresión empleada, depende del punto de vista que toma quien la usa: si mira al matrimonio, dirá "mutuo disenso", pues ambos cónyuges disienten de la vida matrimonial; si, por el contrario, mira al divorcio, expresará "mutuo consentimiento", pues que marido y mujer consienten en poner fin a sus obligaciones recíprocas.

2)—De la Naturaleza Jurídica del Matrimonio.

Conforme a la teoría general de los contratos, éstos se disuelven por la acorde voluntad de las partes. Si hemos de ver en el matrimonio un contrato civil corriente, ¿que se opondría a que los esposos, de mutuo acuerdo, pusieran fin a sus recíprocas obligaciones? ¿No es lógico pensar que cuando los cónyuges están de acuerdo en terminar de una vez por todas su vida matrimonial, es porque razones graves les impiden continuar en ella? ¿No hay allí esa carencia de amor que el legislador tomó en cuenta para admitir la disolu-

ción del matrimonio? ¿No es de presumirse que hogar en que tal cosa sucede, ha dejado, en el fondo, de ser tal hogar? ¿Qué razones podríamos aducir contra los contundentes argumentos de la realidad?

Vayamos por partes, que sobre esto no es poco lo que puede hablarse.

Hasta que en 1902 se hicieron las famosas reformas, nuestra ley definió al matrimonio como "un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente".

Pero a la Comisión encargada de las reformas pareció que la definición del matrimonio era más propia de tratadistas que de legisladores, y propuso fuera suprimida. Todavía más: la Comisión hizo constar que "sobre la naturaleza del matrimonio hay gran divergencia de opiniones, considerándolo, unos, como un simple contrato, otros, como una institución social, en cuya reglamentación deben consultarse, ante todo, los intereses permanentes de la sociedad, y otros como un convenio de naturaleza única y excepcional, sujeto, en su celebración y efectos, a condiciones especialísimas... etc."

Caso raro: mientras la ley dijo que el matrimonio era un "contrato", se respetó la función social de tan noble institución, vedándose a los cónyuges el camino del mutuo acuerdo; en cuanto a la ley se le ocurrió que el matrimonio podría ser algo más que un contrato, algo de carácter altamente social, los Padres de la Patria dejaron en manos de los cónyuges el poder para disolver el vínculo matrimonial por su propia voluntad.

3)—Dilema.

Una de dos: o vemos en el matrimonio un simple contrato civil, o vemos algo más, una institución en que la sociedad entera se halla interesada.

¿Qué pensó a este respecto la Comisión Reformadora de 1901?

No lo sabemos.

No lo sabemos, porque expresó las dos ideas. Dijo que "entre muchas causas que los esposos pueden alegar para pedir el divorcio, la ley civil *sólo debe reconocer aquéllas que revisten un carácter de gravedad incontestable*". Lo anterior aparece en una página, y, en la siguiente, aquel "Comentario" que ya hemos transcrito íntegro, y que empieza así: "Casos hay en que los casados, por evitar el escándalo o la deshonra de uno de ellos, sobre todo en los matrimonios que tienen hijos, quisieran poder divorciarse sin necesidad de dar a conocer las causas de la desavenencia conyugal... etc." (Recordamos a Zadig, el personaje de Voltaire, que dice "si" y "no", entrando a la mezquita con los pies juntos).

Urge excluir de nuestro derecho positivo cualquiera de los dos criterios: esto no admite réplica.

¿Cuál de ellos habríamos de tachar?

A nuestro juicio, este último. Este, porque es el más culpable de absurdos vigentes en la materia, y de algo más, que diremos adelante.

4)—Consecuencias Lógicas del Principio.

Llevemos hasta sus últimas consecuencias el principio adoptado por la Comisión: cuando los contratos civiles se disuelven por la voluntad concurrente de las partes, no es menester sentencia judicial que los declare extinguidos. Si el matrimonio es un mero contrato civil, si la voluntad acorde de los cónyuges basta para ponerle término, ¿a qué todas esas trabas procesales (y económicas, decimos) con que el legislador dificulta lo que pretende facilitar? ¿No bastaría, aceptado el principio, la coincidencia de voluntades para que el vínculo quedase disuelto *de facto et de jure?* Tal, la conclusión del silogismo que contenga las apuntadas premisas.

Al dar el carácter que tiene el mutuo consentimiento, el legislador parece haber descansado en la sensatez de los cónyuges, presuponiendo que éstos no recurrirían al extremo del divorcio sino por causas sumamente graves, cuyo silencio les convenía por razones de honor y moralidad. Es decir: la prudencia, de virtud legal que era, se convertía en facultad optativa de los hombres, porque la propia ley había dejado de ser prudente al confiar demasiado en el individuo, sujeto de pasiones y arrebatos.

No hacía el legislador entonces otra cosa que corroborar *a priori* la gravedad de situaciones aún inexistentes, reconociendo tal gravedad, de una manera tácita, en el texto mismo de la disposición, y, de una manera expresa, en el tantas veces citado "Comentario" de la Comisión respectiva.

5)—Impugnación del Mutuo Consentimiento.

Consideramos que el divorcio por mutuo consentimiento es pernicioso, por razones de diferentes órdenes, que pasamos a relacionar:

a)—*Razones de orden moral.* Decidida y desgraciadamente, podemos afirmar que la moral no es un artículo de moda.

El Derecho se ha ido divorciando poco a poco de la Moral, como han ido también divorciándose de ella las otras disciplinas humanas, y, en un afán de hacer «leyes técnicas», hemos olvidado que más nos valiera dictar «leyes justas», «leyes honestas», «leyes nobles». No en vano los hijos de la vieja Roma, los juristas por antonomasia, concebían, como uno de los aspectos capitales del Derecho, el *honeste vivere.*

¿Qué podría distinguirnos de las bestias, sino esta *capacidad de regular racionalmente las fuerzas del instinto?* ¿En dónde estribaría esencialmente nuestra calidad humana, sino ahí...? Y si no es cierto lo insinuado; si, en un todo semejantes a las bestias —bestias nosotros mismos— estamos condenados al fracaso, de antemano, en esta lucha del espíritu y la carne, ¿para qué legisladores? ¿Para qué normas? ¿Para qué afanes inútiles, y galardones, y presidios? Sin una base ética toda estructura jurídica es imposible.

El matrimonio es una institución que no nació para beneficio y utilidad de quienes lo contraen, ni para satisfacción de apetitos pasajeros: nació para bien de la sociedad, para bien de los hijos.

¿No queda, acaso, satisfecho el apetito con la unión ilícita de hombre y mujer? Si la ley vino a regular las uniones de personas de distinto sexo, fué para dar a tales uniones, estabilidad, pues consideró que no era de entes humanos el evadir las obligaciones naturales que la paternidad impone, ni el andar entregando la voluntad al impulso.

Y el divorcio por mutuo consentimiento viene a permitir todo esto. Hace que, quienes no son dueños de una situación (la del matrimonio) dispongan de ella a su arbitrio, con prescindencia de los intereses sociales y familiares y en detrimento de estos mismos intereses.

Pero no insistiremos más: únicamente diremos que el mutuo disenso hace del matrimonio una de aquellas matronas que, bajo un aspecto venerable, se dedican a la tarea de tolerar...

b)—*Razones de orden social y político.* Ya lo hemos dicho: la célula social es la familia. Continuando el símil, preguntaríamos: ¿Cómo no ha de interesar al tejido la salud de las células que lo integran?

El egoísmo, a medida que va ampliando su radio de acción —y, en consecuencia, haciéndose más tenue— va perdiendo su calidad de pasión execrable, ascendiendo las gradas que hay entre el pecado y la virtud, tornándose altruismo. Así, la bestia, es generalmente insociable; el hombre salvaje sólo comprende la unidad del clan; el más civilizado, ama a su ciudad, se cura de ella; el civilizado, concibe la nación; el santo, universaliza el amor y siente en carne propia la herida de la injuria que se hace a la humanidad. El que no se ama a sí mismo, no podrá amar a su familia; el que no ama a su familia, no amará su región, ni su sociedad, ni su estado. Así que, por razones sociales y políticas, conviene fomentar esta fuerza de cohesión que es el amor hogareño, pues esta misma fuerza viene a constituir la unidad social.

Mas, dejemos esos aspectos, un tanto abstractos, para decir que menos mal haría el mutuo disenso si únicamente fuese válido para destruir matrimonios sin hijos. Cuando hay hijos...

No hay tratadista de Criminología Infantil que no nos hable de los "Huérfanos del Divorcio", ni que calle la cantidad de complejos psicológicos, de desviaciones orgánicas, que hacen de tales niños fáciles presas de la degeneración, el vicio y el crimen.

La sociedad debe prevenirse. Y no parece un gesto muy previsor ni una atinada medida política esto de dejar a la voluntad de los cónyuges, el determinar tan peligrosas situaciones.

6)—Las "Condiciones" del Art. 148 C.

El Art. 148 C. establece tres "condiciones" para que el mutuo consentimiento dé lugar al divorcio. Tales condiciones pueden reducirse en una sola, que bien pudo no expresarse, sin que la situación jurídica sufriese modificación alguna. Porque la "condición" del caso, no es otra que la de sujetarse a los procedimientos que la ley establece para el juicio respectivo; y sabido es que, conforme al Art. 2º Pr., "las partes pueden renunciar los procedimientos *establecidos a su favor...*" y no los otros, a los cuales quedan siempre sujetas. Así que, con o sin las "condiciones" del Art. 148 C., los cónyuges no podrían divorciarse por mutuo consentimiento, sin sujetarse a los trámites del juicio respectivo.

Y el lector habrá inferido de lo dicho la otra crítica que haremos al artículo: la de contener normas típicamente procesales, siendo, como es, que ocupa lugar en el Código Civil, ley sustantiva.

El error de colocación, como se advierte, es otro de los errores debidos a la reforma de 1902: la inercia pasiva ha hecho que esto siga sin enmienda.

Nosotros desatenderemos en este punto la ordenación del Código, para sujetarnos a otra que nos parece más lógica: trataremos del juicio de divorcio o mutuo consentimiento, en la parte de este trabajo dedicada a los diversos aspectos procesales.

7)—Culpabilidad e Inocencia.

El Art. 146 C. establece la norma general de que "el divorcio sólo puede ser reclamado por el cónyuge inocente". Y el Art. 151 C., en su inciso 7º, nos dice que "en el divorcio por mutuo consentimiento ambos cónyuges se reputan inocentes".

Vemos, pues, que al menos, en nuestros textos legales, el mutuo disenso, por sí solo, no da lugar a una declaratoria de culpabilidad contra alguno de los cónyuges, en la sentencia definitiva. Es por esto, y no sólo porque nuestro Código Civil lo trata aparte de las causales, que nos abstenemos de llamar "causa de divorcio" al mutuo disenso.

Expresamos ya, en el capítulo respectivo, la idea que tenemos de los términos "causa o causal de divorcio". Dijimos que las causas de divorcio son "hechos voluntarios de uno o de ambos cónyuges, o resultantes lógicos de esos hechos voluntarios, cuya ilegalidad o inmoralidad graves han sido reconocidas por el legislador como de poder suficiente para disolver el vínculo matrimonial".

Así, pues, y hablando con todo el rigor del caso, no podríamos llamar "causal" al mutuo disenso, por ser, en sí, un acto ilícito o inmoral; pero, en la mayoría, si no en la totalidad de los casos, nos encontraremos con que el mutuo acuerdo es "la resultante lógica de actos ilícitos o inmorales" reconocidos por la ley como causas de divorcio. (La propia Comisión reformadora de 1901, nos da a entender en su "comentario" respectivo, que el mutuo disenso tiene por objeto la ocultación de las verdaderas causas del divorcio).

Detrás de la apariencia del mutuo disenso, hay una realidad de actos ilícitos o inmorales, hay una culpabilidad que indagaría la ley si no temiese violar la santidad de fueros íntimos. Pero como la ley no puede llegar hasta ahí, en virtud de la presunción legal de inocencia que hay a favor de toda persona, reputa que ambos cónyuges son inocentes.

Si en el divorcio por mutuo disenso reputamos culpables a ambos cónyuges, se dirá, violamos el principio de la presunción de honradez y honestidad, a favor de toda persona, que informa a nuestro régimen jurídico, y corremos el peligro de cometer injusticia contra el cónyuge inocente que, por temor o debilidad, consintió en el divorcio.

No lo discutimos.

Pero, si consideramos inocentes a ambos, ¿no estamos también cometiendo una injusticia? La culpabilidad en el divorcio tiene ciertos efectos, establecidos por el legislador *en interés público y en interés de los hijos.* ¿No violamos, por ejemplo, el derecho del hijo a vivir en un ambiente moralmente sano, dejándolo en poder de un padre inmoral, que ha sido considerado "inocente" por la ley?

Por otra parte, si permitiésemos que en juicio de divorcio por mutuo consentimiento se tratase de probar la culpabilidad de uno o de ambos cónyuges, prácticamente obligaríamos a éstos a expresar la verdadera causa de su desavenencia conyugal, lo cual iría contra la naturaleza íntima del mutuo disenso, haciendo innecesaria la disposición del Art. 148 C.

He aquí, pues, otra de las razones en que nos apoyamos para decir que el mutuo disenso debería suprimirse entre nosotros: defrauda los intereses de la sociedad y de los hijos, impidiendo se sepa quién es culpable del divorcio y cuál es el grado moral y legal de su culpabilidad.

8)—De la Presunción de Inocencia.

"En el divorcio por mutuo consentimiento ambos cónyuges se reputan inocentes..." —Art. 151 C., penúltimo inciso—. "Se reputan" significa "se creen", "se consideran", pues la palabra "reputar" deriva del verbo latino *putare,* creer. Así, pues, la ley no afirma que ambos cónyuges sean inocentes; dice, únicamente, que *cree* que lo son. Quizá más oportuno hubiera sido emplear la expresión "se presumen", puesto que el verbo presumir tiene ya un alcance preciso en la ciencia del Derecho.

La presunción establecida, ¿es legal? ¿es de derecho?

La locución "se reputan", como su equivalente "se creen", da idea de que se trata de una presunción legal. Es decir, da idea de que la ley admite se destruya su creencia mediante la prueba de una realidad contraria.

Y, sin embargo, no es así.

De la demanda de divorcio por mutuo disenso, no suele aparecer causa alguna de culpabilidad, pues lo que los cónyuges desavenidos pretenden al

entablarla es, precisamente, ocultar a los ojos de la sociedad y a los del juzgador, los verdaderos móviles de su determinación. Pero vamos a suponer el caso excepcional de que en la demanda de divorcio se alcance a entrever el verdadero motivo que determinó a los cónyuges a dar ese paso, y que, en consecuencia, se alcance también a entrever quién es el culpable. Ambos cónyuges constituyen una sola parte del juicio (la otra es la sociedad, representada por el defensor del matrimonio) y no podrán alegar entre sí, ni rendir prueba el uno en contra del otro.

No pudiéndose alegar ni probar cosa alguna, entre sí, los cónyuges, la presunción del Art. 151 C., no puede ser destruída por prueba en contrario: es una presunción de Derecho.

9)—Locura, Minoridad y Consentimiento.

Para que pueda haber mutuo consentimiento, es menester que ambos cónyuges puedan consentir.

De ahí que no proceda el divorcio por este medio si uno de los consortes adolece de locura, imbecilidad, idiotez o cualquiera otra desviación que le impida consentir. Ya en el Capítulo XV, párrafo 16, hemos observado que, aunque no lo diga el Art. 152 C., "ni por mutuo consentimiento procederá el divorcio si uno de los cónyuges adolece de locura, porque el enajenado no es capaz de consentir".

El consentimiento ha de existir en dos oportunidades:

a)—Cuando se presenta la demanda o se otorga el poder especial del caso; y

b)—Cuando se ratifica la demanda, personalmente o por apoderado.

Pudiera ocurrir que al presentarse la demanda, uno de los cónyuges hubiese caído en locura, que no tenía al otorgar el poder especial. En este caso, a nuestro ver, es válido el consentimiento porque fué expresado cuando había capacidad de consentir.

Manda la ley que dentro de los 15 días siguientes a los tres meses de presentada la demanda, ratifiquen los cónyuges el contenido de la misma, para que proceda el divorcio. Este lapso fué establecido a fin de que los cónyuges recapacitasen sobre la magnitud del paso y pudieran arrepentirse. Pero un enajenado es incapaz de tal recapacitación. ¿No hay un vacío de la ley en no interrumpir este lapso por locura superviviente a la demanda? Imaginemos: Lucio y Tiberia entablan demanda de divorcio por mutuo consentimiento. Luego, ataca al marido una locura que, debidamente atendida, sana a los cinco meses. En el término señalado por la ley, y ya sano Lucio, ratifican ambos su demanda. Lucio sólo ha gozado de un mes para recapacitar.

La ratificación es también un acto de voluntad, y ello supone conciencia. Por eso consideramos que no sólo al otorgar el poder especial o presentar la demanda deben los cónyuges estar en plenitud de sus facultades, sino también al hacer la ratificación que exige la ley.

Respecto a los menores de edad, nos remitimos a lo dicho por el Dr. Belisario U. Suárez y transcrito por nosotros en el Capítulo XVII: si a los menores, aún habilitados de edad, se les exige el ascenso de otras personas para contraer matrimonio, ¿por qué no se les exige para divorciarse por mutuo consentimiento? Es de presumirse que su edad no es la más adecuada para que ellos tengan la experiencia y la prudencia necesarias: su consentimiento es incompleto. He aquí, pues, otro vacío de la ley.

CAPITULO XIX

RECONCILIACION DE LOS DIVORCIADOS

1—Lapsus de una Comisión. 2—Reconciliación en el Divorcio Relativo. 3—Dos Disposiciones de 1894. 4—Falta de Armonía Entre las Normas Anteriores. 5—Reparos Gramaticales. 6—Disposición Agregada en 1902. 7—Proyecto de 1907. 8—Decreto Derogatorio. 9—Derogación Tácita. 10—Inadvertencia Prolongada. 11—Relación Oportuna.

1)—Lapsus de una Comisión.

En la última edición de los Códigos patrios, hecha en 1926, aparece como vigente, el Art. 161 C., que dice:

"Si después de decretado el divorcio absoluto los cónyuges se reconciliaren en el escrito que presenten al Juez, dándole parte de la reconciliación, designarán los hijos de ambos que hubieren procreado en el tiempo que ha durado la separación legal.

"Tales hijos serán tenidos como legítimos, y el Juez lo participará al Alcalde respectivo para que rectifique la partida de nacimiento.

"La designación podrá hacerse en cualquier tiempo por escritura pública".

La disposición que dejamos copiada constituye, para los estudiantes del Primer Libro de nuestro Código Civil, un vivero de problemas y dificultades. Esa es la razón por la cual nos referimos a ella, no obstante haber sido tácitamente derogada en 1907, como demostraremos adelante.

La presencia de este artículo en la edición de 1926 no es, pues, otra cosa que un *lapsus* de la Comisión encargada de poner al día los originales, *lapsus*

muy excusable si se tiene en cuenta el enorme trabajo que dicha Comisión hubo de desarrollar.

2)—Reconciliación en el Divorcio Relativo.

El divorcio absoluto, es decir, con ruptura del vínculo conyugal, se presentó por primera vez en nuestra legislación en 1880, para desaparecer en 1881 y revivir en 1894, según dejamos anotado.

Una disposición semejante a ésta a que nos referimos, se encuentra en la edición del Código Civil hecha en 1893, (un año antes de desaparecer en El Salvador el divorcio absoluto), y ahí se encuentra lógica y pertinente porque se refiere a cónyuges divorciados en forma relativa, o, lo que es lo mismo, a una reconciliación operada entre personas cuyo vínculo conyugal, si bien se halla relajado, no ha desaparecido.

El Art. 168 C., Ed. 1893, dice: "El divorcio y sus efectos cesarán por la reconciliación de los cónyuges, salvo que aquél se hubiere decretado por virtud de la causal 8ª del Art. 150". Dicha causal estaba redactada: "Tentativa de cualquiera de los cónyuges para corromper a sus hijos, o la complicidad en su corrupción o prostitución". Y el Art. 149 definía el divorcio en estos términos: "Divorcio es la separación legítima de los casados, ordenada por el Juez dejando subsistente el vínculo matrimonial". Con estos elementos podemos advertir la pertinencia del Art. 168 C., Ed. 1893. El divorcio dejaba subsistente el vínculo matrimonial; en consecuencia, los divorciados seguían siendo cónyuges. Su reconciliación hacía cesar el estado de divorcio y todos sus efectos jurídicos: se reintegraba, pues, el vínculo matrimonial relajado, a su prístina plenitud. Había una salvedad, en interés de la moral, de la sociedad y de los menores: la de que el divorcio se hubiese decretado por la causal 8ª del Art. 150. Todas las medidas son concordantes. El régimen tiene unidad filosófica.

3)—Dos disposiciones de 1894.

La ley de divorcio absoluto de 1894 contiene, entre otras, estas disposiciones:

"Art. 1º)—Se establece en la República el divorcio absoluto, o sea la separación legítima de los casados, ordenada por el Juez por causas legales, quedando disuelto el vínculo matrimonial".

"Art. 9º)—El divorcio *absoluto* y sus efectos cesarán por la reconciliación de los cónyuges, si no hubieren contraído segundo matrimonio".

A iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, el Art. 9º de la Ley de divorcio absoluto fué aumentado, por ley de 24 de marzo de 1900, publicada en el Diario Oficial de 5 de abril del mismo año, con el siguiente inciso: "La reconciliación, para que surta los efectos expresados en este artículo, deberá manifestarse por escrito ante el Juez de Primera Instancia, quien, declarándola, oficiará al Alcalde Municipal donde se celebró el matrimonio para que restablezca el registro cancelado".

4)—Falta de Armonía Entre las Normas Anteriores.

Ya aquí no encontramos entre las diversas disposiciones legales, la armonía necesaria:

a)—el divorcio es *absoluto:* deja *disuelto, destruido, aniquilado* el vínculo conyugal. Los que fueron cónyuges, *dejan de serlo.* Sin embargo,

b)—la ley dice que el divorcio *absoluto* y sus efectos cesarán por la *reconciliación de los cónyuges,* caso imposible, pues a raíz de la sentencia ejecutoriada, los que antes eran cónyuges dejaron de serlo. Deseamos, no obstante, entender la intención del legislador: quiso referirse a los ex-cónyuges. Entonces nos encontramos con que

c)—la reconciliación de los ex-cónyuges —entre los cuales no hay vínculo matrimonial— importa la contracción de uno nuevo, es decir, *importa un matrimonio.* No puede ser, como dice la ley, *el cese del divorcio y sus efectos,* porque *cesar* es "suspenderse o acabarse una cosa", como dice el Diccionario de la Lengua, y el efecto característico del divorcio absoluto es único y definitivo, no susceptible de suspensión o acabamiento, pues se consuma de una vez: es la extinción del yugo matrimonial.

d)—Pero el Art. 100 C., Ed. 1893, que estaba entonces vigente y que corresponde al Art. 97 C., Ed. 1926, estatuía en su inciso 2º: "El matrimonio que no se celebre con arreglo a las presentes disposiciones, (las contenidas en el Libro Primero, Título IV del Código Civil) no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes", de modo que la reconciliación de los divorciados, importando, como creemos haber demostrado en el párrafo anterior, un matrimonio, debió no tener efectos civiles, por no ajustarse a las disposiciones del Título IV, Libro Primero del Código Civil.

e)—Pudiera, en tal caso, pensarse en que el Art. 9º de la ley de divorcio absoluto de 1894 estableció una excepcion al Art. 100 C., Ed. 1893; pero la técnica legislativa nos indica que las excepciones a las reglas deben ser expresas, y de la mera lectura del Art. 9º a que nos venimos refiriendo, se advierte que el legislador *no entendió dar a esta reconciliación el alcance de un nuevo matrimonio:* pretendió algo imposible: *hacer cesar lo que no era susceptible de cese, lo que se había consumado definitivamente.* Pretendió, en suma, la resurrección de un Lázaro jurídico.

f)—Y aquí se cierra el círculo de contradicciones e incongruencias: si el vínculo matrimonial se reintegra con la reconciliación, ¿no hace este nuevo hecho que el divorcio *absoluto* deje de ser, en verdad, *absoluto?*

Sólo concebimos estas incongruencias jurídicas como el resultado de otra incongruencia: la psicológica. El legislador de 1894 venía con propósito de

innovar, de aplicar los criterios que por entonces estaban en boga, pero él mismo se hallaba imbuído, allá en el fondo de su conciencia, de ideas más favorables a la estabilidad del matrimonio. Y el subconsciente alzó su voz.

Desde 1894 hasta que entró en vigencia el segundo inciso agregado al Art 9º, por iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, la reconciliación de los ex-cónyuges operaba sus efectos de pleno derecho, puesto que la ley no exigía requisito alguno para que los operase.

5)—Reparos Gramaticales.

Fuera de los reparos de índole jurídica que hemos hecho al Art. 9º de la Ley de divorcio absoluto, queremos hacer unas observaciones de carácter gramatical, tanto a la citada norma como al inciso que le agregase el legislador de 1900.

a)—Ya hicimos notar que, indebidamente, el inciso primero llama "cónyuges" a los ex-cónyuges;

b)—La reconciliación rehace el vínculo matrimonial, si los ex-cónyuges "no hubieren contraído segundo matrimonio". Es evidente el mal uso del plural, que podría llevarnos a concluir el absurdo de que, *si sólo uno de los cónyuges* hubiese contraído segundo matrimonio, su reconciliación con el otro pondría término a las nuevas nupcias y haría renacer las ya extinguidas por la sentencia ejecutoriada de divorcio. No fué consagrar tal disparate el ánimo ostensible del legislador.

c)—El inciso agregado en 1900 dice que el Juez de 1ª Instancia, al declarar la existencia de reconciliación, "oficiará al Alcalde Municipal *donde se celebró el matrimonio*. . .*etc*". Está tomado el Alcalde como un sitio, como un lugar y la redacción da a entender que el matrimonio se celebró *en el Alcalde.* Hay una elipsis inadmisible. Distinta cosa sería el dejar entre comas, como una oración subordinada, la locución "*a donde se celebró el matrimonio*", porque entonces ésta se referiría al verbo *oficiar.*

6)—Disposición Agregada en 1902.

La Comisión Reformadora de 1902, propuso la agregación de un artículo redactado en la forma en que aparece el 161 en la edición de 1926, con la única diferencia de que, en el inciso primero, decía "dándole aviso de la reconciliación. . .etc.", en vez de "dándole parte, etc. . .", como está en la edición de 1926.

Dicha Comisión hacía el siguiente "*Comentario*": "Admitiendo la ley que el divorcio absoluto termina por la reconciliación de los cónyuges, se hace necesario prever el caso muy posible de que hayan tenido hijos durante la separación, los que evidentemente deben ser considerados como legítimos, porque la reconciliación hace suponer que tal separación no ha existido". El artículo

habría de colocarse, según los reformadores, después del Art. 244 C., es decir, al final del Capítulo 2º del Título VII del Libro Primero del Código Civil, encabezado por el epígrafe "Reglas especiales para el caso de divorcio".

Al rendir informe la Corte Suprema de Justicia, con fecha 30 de abril de 1901, sobre las reformas propuestas, dijo respecto a la que hoy nos ocupa: "La disposición contenida en el número XXXVIII del proyecto (suplemento) es muy buena, pero no debe colocarse después del artículo 244 del Código, como indica la Comisión, artículo que nada tiene que ver con el propuesto. Es de suponerse que haya en esto una equivocación".

Después de elevado el informe del cual tomamos el párrafo que antecede, la Asamblea Nacional Legislativa recesó en sus funciones sin tratar de las reformas. La Comisión dispuso revisar su trabajo, y luego lo sometió nuevamente a dictamen de la Corte Suprema. Esta emitió nuevo informe el 27 de febrero de 1902, y de ahí extractamos lo que sigue:

"La Comisión aceptó las observaciones que la Corte hizo al número 38º del proyecto antiguo respecto a la inconveniencia de colocar después del artículo 244 del Código, el artículo propuesto por la Comisión, en que se dispone que los cónyuges divorciados, cuando se reconciliaren, en el escrito que presenten al Juez dándole aviso de la reconciliación, deben designar los hijos de ambos que hubieren procreado en el tiempo que ha durado la separación legal, etc. Dicho artículo, en efecto fué colocado, en el nuevo proyecto, después del 156, y le corresponderá, por número de orden, el 158, por estar intercalados otros artículos que aún no han sido numerados".

Como se ve, la Corte no enfocó los problemas de fondo que presentaba la disposición. La halló *muy buena*. Unicamente hizo problema de su colocación en el articulado del Código.

Conviene advertir que esta disposición es un agregado al Código Civil, y, en manera alguna, una reforma del artículo 9º de la Ley de Divorcio Absoluto de 1894, ampliado con un inciso en 1900. Quedaron, pues, vigentes, ambas disposiciones, y ambas aparecen como tales en la edición del Código Civil hecha en 1904: la más antigua, bajo el número 153; la más nueva, bajo el 163. El objeto de esta última norma era, únicamente, el reglar la situación de los hijos concebidos antes de la reconciliación de los casados, ya que los efectos de la susodicha reconciliación estaban regulados por el artículo de 1894/1900.

7)—Proyecto de 1907.

En el año de 1907, el Poder Ejecutivo, en el Ramo de Justicia, preparó un proyecto de reformas al Código Civil, lo envió a la Corte Suprema de Justicia, lo discutió con ella, y de estas discusiones se obtuvo la fórmula final, que fué sometida a conocimiento de la Asamblea Nacional. Es una lástima que se haya hecho en tal forma, porque el informe de la Corte se limita a expresar eso, y nos deja a obscuras sobre los motivos que se tuvieron en mira para insinuar las medidas que se propusieron.

En dicho proyecto, que aparece en la Revista Judicial de la primera quincena de junio de 1907, a la página 199, se leen las siguientes disposiciones:

"Art. — El Art. 153 se suprime".

"Art. — ...."

"Art. — Los Arts. 157, 158 y 163, se suprimen".

8)—Decreto Derogatorio.

Pero la Asamblea Nacional Legislativa, por razones que desconocemos, y acaso se encuentren consignadas en algún acta que nó hemos tenido oportunidad de ver, no se atuvo a lo proyectado. En el decreto de reformas de 10 de mayo de 1907, publicado en el Diario Oficial de 21 de junio del mismo año, estatuyó:

"Art. 19)—El Art. 153 se suprime".

Nada dijo con relación al Art. 163, que es el que aparece como 161 en la edición de 1926, y acaso por esta razón lo incluyeron en ella los jurisconsultos encargados de prepararla.

9)—Derogación Tácita.

Sin embargo, la disposición está derogada. Lo está en forma tácita, porque el Art. 163, Edic. 1904, era una consecuencia del Art. 153 de la misma edición: nos lo dice la historia fidedigna de su establecimiento, puesto que el propio reformador de 1902 dijo que el artículo era necesario *por admitir la ley tales efectos a la reconciliación de los casados.* Derogada expresamente la ley que admitía esos efectos, quedaron tácitamente derogadas todas las disposiciones consecuentes. Y ése es, a nuestro juicio, el caso del Art. 161 C., Ed. 1926, que venimos comentando.

10)—Inadvertencia Prolongada.

Desde 1894 hasta 1907, transcurrieron 13 años. ¿Cómo es posible que nuestros sabios jurisconsultos no hayan advertido, en tanto tiempo, los vicios de fondo de esta norma? ¿Cómo es posible que la Corte Suprema haya aceptado como "muy buena" la nueva norma propuesta por la Comisión de 1902, y no haya parado mientes en que era "muy mala" aquélla que le servía de base? Si los expertos discípulos de Labeón y Capitón, cargados de años y de experiencia, cometieron semejante yerro, los neófitos hemos de hallar consuelo por nuestra falta de sabiduría...

Señalamos, además, que la Comisión Revisora de 1942 no dice en su proyecto ni en su informe sobre el mismo, una sola palabra relativa al Art. 161. ¿Será que lo consideró, como nosotros, tácitamente derogado? ¿Que no paró

mientes en él? Como sea: el hecho de aparecer dicha disposición en la última edición del Código, aunque se trate de un lapsus, amerita el que se haga la advertencia formal de su no vigencia, para impedir que se siga cometiendo el error en que se incurrió.

11—Relación Oportuna.

Intimamente vinculado con el Art. 161 C., se encuentra el primer inciso del Art. 194 C., cuya historia nos parece oportuno tratar, también, en este capítulo. Con la misma redacción aparece en las ediciones del Código Civil de 1860, 1880 y 1893, bajo los números 183, 180 y 227, respectivamente.

"El hijo que nace después de espirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido".

Aparece en nuestro Código Civil con la forma que hoy tiene, desde la edición de 1904. Dice: "El hijo que nace después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio *o de la reconciliación de los casados en caso de divorcio*, o dentro de los trescientos días subsiguientes a la disolución o declaratoria de nulidad del matrimonio, se reputa concebido durante él y tiene por padre al marido".

Afecta esta redacción a raíz de la ley de reformas de 1902, y con iguales términos aparece en el proyecto respectivo. En los "Comentarios" atingentes, la Comisión no se refiere para nada a la frase que hemos subrayado; pero no es difícil imaginar su intención, ya que ella misma propone el Art. 161 actual, que acabamos de estudiar: trató de armonizar ambas reglas. En ninguno de sus dos informes se refiere la Suprema Corte al Art. 227, Edic. 1893. Creemos que la frase subrayada, por ser una consecuencia del derogado Art. 153 C., Ed. 1904, quedó tácitamente derogada en 1907, como el Art. 163 C., de la citada edición, y que la forma que ahora corresponde al primer inciso del Art. 194, es la siguiente:

"El hijo que nace después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, o dentro de los trescientos días subsiguientes a la disolución o declaratoria de nulidad del matrimonio, se reputa concebido durante él y tiene por padre al marido".

CAPITULO XX

DE LA CULPABILIDAD Y SUS EFECTOS SOBRE LA PATRIA POTESTAD.

1—Sentido de la Culpabilidad. 2—De sus Efectos en General. 3—Efectos en Cuanto a los Hijos. 4—Elementos de la Patria Potestad. 5—Término y Suspensión de la Patria Potestad. 6—Efectos Sobre la Patria Potestad. 7—Fundamentos de la Suspensión o Privación. 8—Fin de la Suspensión. 9—Los Casos de Verdadera Privación. 10—Culpabilidad de Ambos Cónyuges. 11—Se Trata Sólo de los Hijos Comunes.

1)—Sentido de la Culpabilidad.

La palabra "culpa", según el Art. 42 C., equivale a descuido.

Pero el concepto legal es manifiestamente inaplicable con relación a las causales de divorcio. Ni se adultera, ni se ofende, ni se maltrata, ni se intenta pervertir *por descuido.* Las causales de divorcio son hechos ilícitos o inmorales voluntarios, o resultantes lógicos de tales hechos.

Culpable del divorcio es quien voluntariamente ha realizado actos que, ya por sí mismos, ya en forma mediata, dan motivo a la disolución legal del matrimonio.

Entiéndese aquí, pues, la palabra "culpa", no en su significado legal de "descuido" o falta de diligencia. Hemos de buscar su sentido natural y obvio. La define el Diccionario de la Lengua (15ª Edic.) como "falta más o menos grave, cometida a sabiendas y voluntariamente" (1ª acep.). Indica también que "culpa jurídica" es "la que da motivo para exigir legalmente alguna responsabilidad". Por donde advertimos que si la culpa es la falta más o menos

grave, consciente y voluntaria, que da motivo para exigir el divorcio, no es otra cosa que la causal misma, y entonces cónyuge culpable será quien incurra en la causal de divorcio. Este, y no otro, es el alcance que tiene el término en esta materia.

2)—De sus Efectos en General.

Los efectos de la culpabilidad son de tres clases:

a)—los que afectan a las obligaciones y derechos con respecto a los hijos;

b)—los que afectan a las donaciones y promesas hechas entre los cónyuges o a ellos por terceros; y,

c)—los que afectan a la facultad de contraer nuevo matrimonio.

3)—Efectos en Cuanto a los Hijos.

Cuando ninguno de los cónyuges es declarado culpable, ni es depravado o adolece de cualquiera inhabilidad, pueden los padres disponer, de común acuerdo, con respecto a la custodia personal de los hijos, custodia que, en los divorcios por separación absoluta y por mutuo consentimiento, lleva aneja la representación legal de los hijos.

Pero la culpabilidad viene a modificar esta norma. Trata la ley de impedir que los hijos menores queden bajo la patria potestad y en algunos casos bajo la custodia de aquél de los padres que dió motivo al divorcio, porque la naturaleza misma de las 9 primeras causales implica relajación más o menos grave del sentido moral, de los sentimientos hogareños, de todas aquellas condiciones éticas cuyo ejemplo es tan necesario en la formación de la infancia y de la juventud.

En cuanto a los hijos, dos clases de efectos surte la culpabilidad. Los primeros, dicen relación con la patria potestad; los últimos, con el cuidado personal de los hijos. Los trataremos por separado.

4)—Elementos de la Patria Potestad.

Nos parece oportuno, antes de entrar al estudio de las repercusiones que la culpabilidad en el divorcio tiene sobre la patria potestad, indicar la noción de ésta, sus elementos integrantes, sus motivos de suspensión y de terminación. Esto nos facilitará posteriores exposiciones.

El Art. 252 C. define la patria potestad como "el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo, y en su defecto a la madre legítima, o a la ilegítima en su caso, sobre sus hijos no emancipados". En realidad, no se trata sólo de un conjunto de derechos, sino también de obligaciones. Ya la patria potestad no es, como fué entre los romanos, una facultad establecida en bene-

ficio del *pater familias*, e ilimitada, abusiva y despótica. Es una institución que mira a los intereses de la sociedad, del hijo de familia y de los padres. Regula tanto relaciones personales como patrimoniales y puramente jurídicas.

a)—*Relaciones personales.* Los hijos legítimos deben obediencia y respeto a sus padres; pero se hallan especialmente sometidos al padre (Art. 230 C.); el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos legítimos, corresponde de consuno a los padres, o al sobreviviente de ellos (Art. 233 C.); el padre tiene la facultad de corrección sobre los hijos (Art. 244 C.), y en ausencia, inhabilidad o muerte de aquél, dicha facultad corresponde a la madre o a quien tenga el cuidado personal del menor (Art. 245 C.); mientras el hijo no cumpla 18 años, puede el padre, y en su defecto la madre, elegirle estado o profesión futura; pero no puede obligarlo a casarse contra su voluntad; deben los hijos legítimos servir a su padre y madre sin ningún salario en el oficio o encargo a que ellos los destinen (Art. 230 C., inc. 2º); la madre ilegítima tiene la patria potestad sobre sus hijos, con los mismos derechos y obligaciones que corresponden al padre legítimo (Art. 287 C.)

b)—*Relaciones patrimoniales.* El padre goza del usufructo de los bienes del hijo, con excepción de los que especifica la ley (Art. 255 C.); administra los bienes que usufructúa (Art. 259 C.), sin obligación de hacer inventario ni caucionar sus gestiones (Arts. 261 y 257 C.)

c)—*Relaciones Jurídicas.* El padre es representante legal del hijo de familia (Art. 41 C.), y para los actos y contratos que éste celebre fuera de su peculio profesional o industrial, requiere la autorización de aquél, excepto para disposición testamentaria (Arts. 266 y 270 C.)

Estos derechos y obligaciones que corresponden al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados, tocan a la madre legítima por ausencia, demencia, muerte o culpabilidad de aquél en el divorcio, y a la madre ilegítima con respecto a la persona y bienes del hijo ilegítimo.

Lo anterior es solamente una síntesis de la patria potestad, ya que ella no constituye el tema de este trabajo, sino un punto incidental. Resumiendo aún más, diremos que la patria potestad abarca: 1)—cuidado, protección y corrección de los hijos; 2)—administración y usufructo de sus bienes; y, 3)—representación legal de los menores.

Esta es la patria potestad plena. No vemos razón que impida concebirla incompleta o fraccionada, en vista de su gran complejidad.

5)—Término y Suspensión de la Patria Potestad.

La patria potestad termina por la emancipación, que puede ser voluntaria, legal o judicial.

La voluntaria se realiza por instrumento público, y ha de ser autorizada por el Juez con conocimiento de causa. (Art. 274 C.).

Tanto la legal como la judicial tienen causas predeterminadas por los Arts. 275 y 276 C., que a continuación copiamos:

"Art. 275)—La emancipación legal se efectúa:

"1º)—Por la muerte del padre o de la madre en su caso:

"2º)—Por el matrimonio del hijo:

"3º)—Por haber cumplido el hijo la edad de 21 años:

"4º)—Por el decreto que declara la muerte presunta del padre o madre en caso de desaparecimiento".

"Art. 276)—La emancipación judicial se efectúa por decreto de Juez:

"1º)—Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida, o de causarle grave daño:

"2º)—Cuando el padre ha abandonado al hijo:

"3º)—Cuando la depravación del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad.

"En los tres casos anteriores podrá el Juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, y aún de oficio:

"4º)—Por vivir la madre deshonestamente u observar una conducta depravada.

Decretada la emancipación, se procederá inmediatamente a nombrarle tutor al hijo emancipado, y mientras esto se verifica, el Juez separará al menor del cuidado personal del padre o de la madre y lo pondrá al de cualquiera de sus parientes más próximos que le parezca idóneo, y no siendo esto posible, ordenará su admisión en algún establecimiento de beneficencia".

La patria potestad puede suspenderse: a)—por prolongada demencia del padre; b—por interdicción del mismo; c)—por su larga ausencia. Durante la suspensión, ejerce la patria potestad la madre (Art. 271 C.); d)—por condena a muerte, presidio o prisión mayor (Arts. 36 y 37 Pn.).

Puede quitarse al padre la administración de los bienes del hijo, la cual, como hemos indicado, sólo es parte de la patria potestad, si aquél se hace culpable de dolo o de grave negligencia habitual. Pierde el padre esta administración siempre que se le suspende la patria potestad, como una consecuencia lógica, pues si se le quita el todo, perderá las partes que integran ese todo. (Artículo 263 C.).

Con estos datos previos, que consideramos necesarios, entramos a estudiar los efectos que la culpabilidad en materia de divorcio, surte sobre la patria potestad, sobre el cuidado personal de los hijos, y sobre la representación legal de los mismos.

6)—Efectos Sobre la Patria Potestad.

En el matrimonio, por regla general, corresponde al padre la patria potestad sobre los hijos. Sólo por excepción corresponde a la madre. De modo que los efectos de la culpabilidad en el divorcio sobre la potestad indicada, se realizan, en la gran mayoría de los casos, cuando es el varón quien da causa al divorcio.

El Art. 151 C., al enumerar los efectos de la sentencia ejecutoriada de divorcio, asienta como segundo el "quedar o ser puestos los hijos bajo la potestad del cónyuge inocente, debiendo estarse en lo demás a lo establecido en este Código respecto a los hijos en caso de divorcio"; esto es: si el cónyuge que tenía la patria potestad es el inocente, la conservará; si es el culpable, pasará al inocente. Pero este artículo se refiere en términos generales al conjunto de derechos y obligaciones que constituyen la patria potestad: en lo demás, ha de estarse a otras normas. Ellas son, v.gr., las que regulan el cuidado personal de los hijos y su representación legal, aspectos parciales de la potestad paterna.

El número 3º del mismo Art. 151 C., reza:

"3º)—La privación del cónyuge culpable, mientras viva el cónyuge inocente, de la patria potestad y los derechos que lleva consigo respecto de la persona y bienes de los hijos; pero en ningún caso podrá el cónyuge culpable ejercer o recobrar aquellos derechos si se ha declarado el divorcio por alguna de las causas designadas en los números 2º, 3º, 6º y 9º del Artículo 145.

"La privación de la patria potestad no eximirá al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que este Código le impone respecto de los hijos".

"Privación", dice el Nº 3º. Pero se trata más bien de una suspensión. El cónyuge culpable deja de tener la patria potestad "mientras viva el cónyuge inocente", y no en la forma definitiva que da a entender la voz "privación". Sólo excepcionalmente podrá hablarse de verdadera privación: cuando el divorcio se haya decretado por alguna de las causales 2ª, 3ª, 6ª o 9ª del Art. 145 C.

Nos parece innecesaria, en el texto copiado, la frase "*y los derechos que lleva consigo con respecto a la persona y bienes de los hijos*". Y, además de innecesaria, inexacta. Lo primero, porque diciéndose "patria potestad" se hace referencia no sólo a los derechos, mas también a las obligaciones que el padre de familia tiene con respecto a la persona y bienes del hijo y, lo segundo, porque no es cierto que la patria potestad lleve consigo tales derechos, sino que éstos son parte integrante de aquélla.

7)—Fundamentos de la Suspensión o Privación.

Interesada la ley en el buen cuidado de las personas y bienes de los menores, busca, con las medidas relacionadas, el mejor éxito de tales cuidados.

La inmoralidad o ilegalidad de los hechos que constituyen las causales, inducen a desconfianza sobre las capacidades morales del cónyuge culpable. Se tiene, entonces, más fe en las gestiones de cuidado personal y patrimonial que puede ejercer el cónyuge inocente a favor del hijo. Y esta preocupación por la buena tutela del menor y sus intereses personales, constituyé uno de los fundamentos en que se basó el legislador para que la potestad quedase o fuese puesta en manos del cónyuge inocente.

Además, no es difícil advertir que la disposición tiene un aspecto represivo, manifiesto en los siguientes extremos:

a)—en que no obstante quitarse al culpable los derechos de la patria potestad, se le dejan las obligaciones que ella involucra; y,

b)—en que cuando el divorcio se pronuncia por alguna de las causales 2ª, 3ª, 6ª o 9ª, no puede el cónyuge culpable, posteriormente, readquirir la patria potestad perdida.

8)—Fin de la Suspensión.

La suspensión de la patria potestad tiene lugar mientras viva el cónyuge inocente. Es decir, la muerte de éste pone fin a la suspensión, y el culpable readquiere sus derechos, si los hijos no han sido emancipados. Es de entenderse que el fin de la suspensión se opera de derecho, sin necesidad de declaratoria, ya que la ley no exige requisito alguno para ello.

La presunción de muerte por desaparecimiento, ¿pondrá fin a la suspensión que nos ocupa? Consideramos que sí. La presunción de muerte es, mientras no se desvanezca, una muerte a los ojos de la ley.

¿Presumirá la ley que por la muerte del cónyuge inocente, el culpable queda reformado? Si los hijos se quitan de la potestad del culpable por considerarse a éste moralmente incapaz del ejercicio correcto de tal función, se dejan en manos del inocente y éste muere a los dos días, vuelven los hijos a poder del cónyuge culpable, que aún no habrá tenido tiempo para reformarse. En cambio, si luego de transcurrido 3 ó 4 años, el culpable da muestras de verdadera enmienda y vive el cónyuge inocente, los hijos no vuelven a la potestad del primero. Lo que nos indica que no es racional el término puesto por el legislador a la suspensión de que hablamos, pues que no se cumple en los casos propuestos el primero de los fines que se tuvieron en mira al decretar las medidas que nos ocupan.

Se dirá que el legislador escogió el menor de los males posibles y que, entre que los hijos quedaran emancipados por la muerte del inocente o volviesen a la patria potestad del cónyuge culpable, prefirió lo último, en la convicción de que el amor paternal aseguraría a los hijos mayor protección que la diligencia de un tutor. Mas, si ésta hubiese sido la mira, ¿por qué sólo la muerte del cónyuge inocente pone fin a la suspensión? ¿Por qué no operan el mismo resultado la demencia, la inhabilidad física o moral supervivientes

al no culpable del divorcio? La misma razón habría. Para estos casos, la ley sólo prevee con relación al cuidado personal de los hijos, y no a la patria potestad.

9)—Los Casos de Verdadera Privación.

Los casos de verdadera privación de la patria potestad, tienen lugar cuando el cónyuge que la ejerce, da motivo al divorcio por alguna de las causales, 2ª, 3ª, 6ª o 9ª.

I)—*Adulterio de la Mujer.* Sabemos que, en el matrimonio, la patria potestad sólo puede recaer en la mujer por prolongada demencia, por interdicción o por larga ausencia del marido. En los dos primeros casos, no hay divorcio posible, a tenor del Art. 152, como no sea el de quien se halla en interdicción por sordomudez, y puede trabajar o tiene bienes para su subsistencia. Ticio se ausenta del país por varios años, y ello ocasiona perjuicios a los intereses de sus hijos, por lo que la patria potestad sobre ellos queda en manos de la cónyuge de aquél, Ligia. Esta demanda a su marido en juicio de divorcio por la causal 10ª, y Ticio, por medio de su apoderado, la reconviene por adulterio, y prueba este penoso extremo. Al decretarse el divorcio, el Juez quita la patria potestad a la cónyuge culpable, y la deja de nuevo en manos del marido, que la tenía suspendida por su larga ausencia, y que no puede, en verdad, ejercerla debidamente. Se presenta aquí un problema punto menos que insoluble, cuyo nudo podría deshacerse por la emancipación, conforme al Nº 4º del Art. 276 C.; pero ésta requiere instancia de parte interesada.

Y, lo más curioso, es que este problema se nos presentará casi siempre que se trate de aplicar el Nº 3º del Art. 151 con relación a la causal 2ª del Art. 145, pues el supuesto planteado es *uno de los dos únicos* que se pueden presentar. El otro sería el del sordomudo interdicto que puede trabajar o tiene bienes, pues a él no le será aplicable literalmente el Art. 152 C. Y entonces nos hallaremos con otro absurdo mayor: que la patria potestad y, por ende, la representación legal de los hijos, quedaría en manos de quien, a su vez, necesita representante legal.

Es decir: en los dos únicos casos en que la mujer tiene la patria potestad y puede considerarse como procedente el divorcio por adulterio de la mujer, el marido está incapacitado para ejercer dicha potestad. Sólo en el primer ejemplo propuesto podría ejercerla, regresando al país; pero entonces, *con o sin divorcio, con o sin culpabilidad de la mujer*, la recobraría el marido conforme al inciso final del Art. 271 C.

En los supuestos planteados, nos hallamos con que la patria potestad subsiste, puesto que no termina por una emancipación; pero subsiste teóricamente, porque no hay quién pueda ejercerla: está imposibilitada la mujer, por su culpabilidad en el divorcio; está imposibilitado el marido, por su ausencia o su interdicción. Y los menores quedan desamparados, porque ni siquiera pueden solicitar el nombramiento de tutor. Encontrarán, conforme a disposiciones

que estudiaremos después, gente que se hará cargo de su cuidado personal; pero no tendrán representante legal. Los castigados por la culpabilidad de la madre, habrán sido los hijos,

Vacío que... etc. hay que llenar en la ley a la mayor brevedad, dando la representación legal de los menores a la persona que haya de hacerse cargo de su cuido.

La privación de los derechos de patria potestad aneja a las penas de muerte, presidio y prisión mayor establecida en los Arts. 36 y 37 Pn., puede dar lugar a que dichos derechos queden en manos de la madre legítima "por larga ausencia del padre" (Art. 271), y, siempre en el caso de que tuviera la patria potestad la madre adúltera, veríamos que el cónyuge inocente del divorcio, por razón de la propia condena penal, estaría imposibilitado para ejercerla.

Si el marido tiene la patria potestad, se declara el divorcio por adulterio de la mujer, y luego muere el varón, ¿a quién quedaría la patria potestad de los hijos no emancipados? A la madre legítima. Y, sin embargo, si ella la hubiera tenido cuando se decretó el divorcio, la habría perdido para jamás recuperarla.

II)—*Adulterio del Marido, etc.* Este caso presenta menos complicaciones. Si el divorcio ha sido decretado por la causal 3ª, en que sólo puede incurrir el varón, que es generalmente quien tiene la patria potestad de los hijos legítimos, el Juez ha de quitarle ésta y dársela a la cónyuge inocente.

III y IV)—*Ebriedad Escandalosa, etc.*, y *Tentativa o complicidad de Corrupción.* En ambas causales puede incurrir cualquiera de los cónyuges, por manera que en ambas es posible que se presenten los problemas planteados cuando hablamos del adulterio de la mujer. Si ésta es la culpable de la causal 6ª o de la 9ª y ella tiene la patria potestad sobre los hijos, en quién recaerán los derechos de dicha potestad? Si el marido es el culpable, no hay problema: recae la patria potestad en la mujer.

El ebrio escandaloso y consuetudinario es inepto para el ejercicio de tan sagradas funciones. Quizá no sea propiamente un malvado; pero ni sus abusos lo habilitan para actuar con diligencia, acierto y corrección en punto tan delicado, ni el ejemplo que puede proporcionar a los hijos es edificante. Sin embargo, no vemos razón para negarle de plano, rotunda y definitivamente, la posibilidad de readquirir la patria potestad perdida, cuando vuelva a organizar su vida sobre la temperancia y el decoro. Parece partir la ley del falso supuesto de que toda ebriedad consuetudinaria es incurable. Las clínicas antialcohólicas modernas, han demostrado con hechos la posibilidad de regeneración de los dipsómanos. Mucha mayor inmoralidad que este vicio tan generalizado, acusa el atentado que uno de los cónyuges hace contra la vida del otro, y, sin embargo, el culpable de divorcio por esta causal puede readquirir la patria potestad perdida, un día después de haber causado ejecutoria la sentencia que se la quitaba, o el mismo día, por la mera contingencia de que un rayo mate al cónyuge inocente. Encontramos, pues, desproporcionada la prohibición.

Cuanto a la causal novena, es innegable que acusa grave perversidad, y ello, sin duda, toma en cuenta el legislador para prohibir al cónyuge que hubiese incurrido en tal causal, la readquisición de la patria potestad perdida por su culpa.

Oportunamente señalaremos otra incongruencia que, a nuestro juicio, tiene la prohibición contenida en la parte final del número 3º del Art. 151.

10)—Culpabilidad de Ambos Cónyuges.

Tanto el número 2º como el número 3º del Art. 151 C., dan por supuesto que siempre que se declara un divorcio el culpable es uno solo de los cónyuges, cuando bien pudiera ocurrir que ambos fuesen culpables de la misma o de diferentes causales. Respecto a la doble culpabilidad, nos preguntamos en manos de quién quedaría la patria potestad sobre los hijos. Cabría pensar en que, precisamente por referirse el Art. 151 sólo a los casos de culpabilidad unilateral, no se quitaría al cónyuge que la tiene, la patria potestad. Y cabría pensar también la solución contraria: que se quitaría a quien la tiene y no se daría al otro, por no ser inocente. Si interpretamos las disposiciones que nos ocupan, en una forma literal, hemos de convenir que los números 2º y 3º del Art. 151 sólo son aplicables cuando la culpa del divorcio es unilateral, y que, en consecuencia, en caso de que ambos cónyuges fuesen culpables, no podría privarse de la patria potestad a quien la tuviera, por no haber ley que expresamente lo determine. Esta es una solución farisaica, que no puede satisfacer el sentido jurídico menos exigente. Por reducción al absurdo, demostraremos la inaplicabilidad de este criterio. Cayo demanda a Lucía en juicio de divorcio por adulterio; Ella lo contrademanda por adulterio con abandono. Ambos prueban plenamente sus respectivas acciones. Si Lucía hubiese sido inocente, la ley no sólo quitaría a Cayo la patria potestad sobre los hijos no emancipados, sino que le vedaría definitivamente la posibilidad de readquisición de tales derechos. Esto quiere decir que la ley lo considera perverso en grado tal que siempre su conducta será un peligro para las personas y bienes de los hijos. Por el mero hecho de ser culpable también Lucía, ¿habrán desaparecido la perversidad de Cayo y los peligros que tal perversidad involucra? Evidentemente no. Dejar en sus manos la patria potestad, equivaldría a atacar los derechos supremos de la moral, de la sociedad y de la infancia, de consuno interesadas en que los menores se eduquen en el más sano ambiente y sus bienes estén libres de toda amenaza.

Pero no dice la ley qué se ha de hacer en tal caso. Al quitarse la patria potestad de manos de Cayo, no se puede entregar a Lucía, que no es cónyuge inocente, sino culpable de una de las causales que a los ojos de la ley afectan más gravedad.

Nos volvemos a encontrar con una patria potestad teórica, que no ha desaparecido por falta de emancipación, ni hay quién pueda ejercer. Otro vacío de la ley, que conviene llenar a la mayor brevedad.

Vamos a imaginar otro caso: Ticio tiene la patria potestad sobre sus hijos. Demanda a la mujer por adulterio. Ella lo reconviene por graves ofensas. Ambos prueban sus extremos. Al declarar culpables a los dos, el Juez quita la patria potestad a Ticio, pero no la entrega a la mujer. Si ella fuera inocente, a Ticio le quedaría la perspectiva de readquirir los derechos perdidos cuando muriese su ex-consorte; pero como esta adquisición se opera a la muerte del cónyuge inocente y la mujer de nuestro supuesto no lo es, nunca podría Ticio volver a entrar al ejercicio de la patria potestad.

11)—Se Trata Sólo de los Hijos Comunes.

Si en otros países la patria potestad se ejerce sobre los hijos naturales y los adoptivos, entre nosotros no ocurre así: en El Salvador no existe esa institución jurídica de tan antiguo abolengo que se llama adopción, ni a los padres naturales otorga la ley la potestad referida. Para nuestras leyes, la patria potestad se basa en los notorios vínculos de la sangre, y, ya lo dice expresamente el Art. 252 C., corrésponde: a)—al padre legítimo; b)—en su defecto, a la madre legítima; c)—si el hijo es ilegítimo, a la madre. Jamás deja la ley este conjunto de derechos y obligaciones en manos de extraños.

Así, es fácil advertir que los Nos. 2º y 3º del Art. 151 C., se están refiriendo exclusivamente a los hijos comunes, y no a los que cada consorte puede haber tenido con anterioridad al matrimonio.

Lucrecia, viuda, tenía un hijo de 3 años de edad, de su anterior matrimonio, cuando casó con Tito. En estas nuevas nupcias dió a luz otro hijo. Luego adulteró, y su marido obtuvo el divorcio por esta causal. La misma ley que le impediría, si ella la hubiera tenido, continuar con la patria potestad sobre el segundo hijo, la misma ley que le vedaría llegar jamás a recobrarla, la misma ley que la considera perversa, y que juzga su contacto como dañino a la infancia, deja en manos de Lucrecia la patria potestad que ella tenía sobre su hijo de precedente matrimonio. Nos preguntamos: si Lucrecia es depravada, si no inspira confianza, si puede hacer más daño que beneficio en la formación moral de la infancia, ¿no sería prudente arrancar también de sus manos el fruto de sus anteriores nupcias?

He aquí otro vacío de la ley: es del caso proveer lo que más prudente se considere para protección de los hijos que no son de ambos, cuando el culpable del divorcio tiene la patria potestad sobre ellos.

Insistimos en que nos parece insuficiente la posibilidad de emancipación, que requiere juicio a instancia de parte interesada.

Incidentalmente, diremos que ya es hora de que el legislador salvadoreño se preocupe por lograr una más eficiente tutela de los intereses morales, culturales, económicos, etc., de la niñez, y de que se formule un Código de la Infancia, lo más completo que se pueda. Es doloroso pensar que sobre tan vital problema, la legislación nacional va con un siglo de retraso.

CAPITULO XXI

CUSTODIA DE LOS HIJOS Y CULPABILIDAD

1—De la Custodia Personal de los Hijos. 2—Cuidado Personal y Representación Legal. 3—Depravación de la Madre. 4—Alegación, Prueba y Juicio de la Depravación. 5—Culpabilidad en el Divorcio y Custodia de los Menores. 6—Inhabilidad Física o Moral. 7—Readquisición del Cuidado Personal. 8—Frecuencia de las Visitas.

1)—De la Custodia Personal de los Hijos.

Todo lo dicho anteriormente, dicho queda con relación a los derechos inherentes a la patria potestad, pues que las obligaciones del caso, no desaparecen por la culpabilidad en el divorcio.

Independientemente de la patria potestad, regula el Código Civil lo atañadero a la custodia personal de los hijos.

Si no hay culpabilidad de ninguno de los cónyuges —cosa que ocurre en el divorcio por separación absoluta y en el por mutuo consentimiento— los cónyuges pueden disponer sobre a quién de ellos hayan de quedar los hijos. Dice, al respecto, el Art. 159 C.: "También podrán los padres, de común acuerdo, disponer como mejor les parezca respecto del cuidado y educación de los hijos habidos en el matrimonio disuelto; es decir, que queden todos o una parte de ellos en poder de alguno de los divorciados". La primera parte de esta disposición es muy amplia, y la segunda, que tiende sólo a explicar la anterior si juzgamos por la locución "es decir", parece restringir lo anteriormente dicho, dando a entender que los padres no pueden convenir en dejar a los hijos o a una parte de ellos en poder de terceras personas. Sin embargo,

no vemos razón alguna para impedir a los cónyuges inocentes del divorcio que dejen los hijos, o una parte de ellos, en poder del abuelo paterno, v.gr., si dadas las circunstancias de quienes se divorcian, es ésta la situación más favorable para los hijos. Podría también entenderse la disposición en otro sentido: la ley indica que *todos o una parte* de los hijos han de quedar en poder de alguno de los divorciados: esto es: *todos*, no pueden quedar en manos de terceros; pero la *otra parte* sí, porque la ley no establece nada con respecto a ella. Nosotros opinamos que la segunda parte, de la norma, a pesar de su redacción, no restringe el contenido de la primera. Y estimamos esto, por dos razones: 1ª)—porque la locución "es decir", empleada por el legislador, nos indica que la intención de éste no fué la de restringir, sino la de aclarar el concepto ya expresado; y, 2ª)—porque ninguna consideración de interés público se sobrepone a los derechos inherentes a la patria potestad y a la paternidad, en el caso de que ambos cónyuges sean inocentes, y, así, no puede tener la ley interés en coartar la libertad de los padres para disponer de la custodia y educación de los hijos. Lo que quiso indicarse, a nuestro juicio, con la parte final del Art. 159 C., es que los padres no pueden disponer sobre la patria potestad de los hijos —que es asunto de interés público—, sino sólo con respecto del cuidado y educación de los menores. Así y todo, la parte referida es innecesaria, porque ya esto estaba dicho en la anterior.

2)—*Cuidado Personal y Representación Legal.*

Antes de entrar a tratar sobre los efectos de la culpabilidad con respecto a la custodia personal de los hijos, queremos redondear lo relativo a la libre disposición de los cónyuges inocentes sobre este extremo. No implican culpabilidad el divorcio por separación absoluta ni el divorcio por mutuo consentimiento. Los dos últimos incisos del Art. 151 C., rezan:

"En el divorcio por mutuo consentimiento ambos cónyuges se reputan inocentes y el marido puede contraer otras nupcias al quedar ejecutoriada la sentencia de divorcio, pudiendo hacer lo mismo la mujer cuando hayan transcurrido los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio. En caso de separación por un año o más años, ambos cónyuges podrán contraer nuevo matrimonio después de ejecutoriada la sentencia de divorcio, si en ésta no se declarare culpable a ninguno de ellos.

En el primer caso, la representación legal de los hijos menores le corresponde al cónyuge a quien queda confiados aquéllos, según la escritura respectiva, y en el segundo, al cónyuge que el Juez designe, si los casados no se pusieran de acuerdo en la designación".

El Art. 582 Pr. nos indica que al pedirse el divorcio por mutuo consentimiento, deben los cónyuges acompañar a su solicitud un convenio en escritura pública, en el cual ha de indicarse a quién quedarán confiados los hijos no emancipados habidos en el matrimonio y por cuenta de cuál de los cónyuges deben ser educados y alimentados aquéllos, o en qué proporción contribuirá cada cónyuge cuando la obligación pese sobre ambos. Aquí nos encontramos

una peculiaridad: que el cuidado personal de los hijos implica su representación legal —elemento importantísimo de la patria potestad—, si es ejercido por alguno de los cónyuges. Se ha discutido sobre si esta representación legal puede segregarse de la patria potestad, para darla a quien tenga la custodia personal de los hijos, o si, por el contrario, será toda la patria potestad, con sus demás elementos, la que habrá de entregarse a dicha persona.

En el "Indice de la Jurisprudencia Civil Salvadoreña", del Dr. Angel Góchez Castro, y en la pág. 209, aparece la siguiente síntesis de una sentencia pronunciada en 2ª Instancia:

"La separación absoluta debidamente comprobada por más de un año, da lugar al divorcio. El cuidado personal de los hijos varones mayores de 5 años toca al padre, y el de las hijas de toda edad y de los varones menores de 5 años, a la madre; pero la representación legal de todos debe tenerla el padre, pues la ley le da ese derecho y no puede ser privado de él sino por sentencia firme en juicio contradictorio". R. J. Diciembre de 1922. Pág. 583.

Y a continuación de dicha sentencia estampa el Dr. Góchez Castro la siguiente nota:

"No parece conveniente esa separación del cuidado personal y la representación legal; y no veo motivo ninguno para no atacar lo que de manera clara y terminante dispone el inciso último del Art. 151 C. Según el razonamiento de la Honorable Cámara, aún al cónyuge declarado culpable debe dejársele la patria potestad. Recuérdese que la pérdida de ésta es, en tal caso, uno de los efectos que la ley señala a la sentencia de divorcio; de suerte que debe producirlo a pesar de que en la demanda no se haya entablado acción para privar al demandado de la patria potestad. La ley concede estos derechos y no veo por qué ella misma esté imposibilitada para limitarlos o señalar los casos en que puedan perderse sin necesidad de juicio especial".

Estamos con la opinión del Dr. Góchez Castro. El padre inocente del divorcio, habrá de continuar con el resto de los derechos que constituyen la patria potestad; pero no con éste de la representación legal, pues que la ley lo segrega expresamente de los demás, para dejarlo en manos del cónyuge a cuyo cuidado personal quedan los hijos. (Art. 151 C., inciso último). No vemos inconveniente alguno en que así sea, máxime que, ya lo hemos dicho, hay un precedente semejante: el del Art. 263 C., que permite, en casos determinados, quitar al padre de familia la administración de los bienes del hijo, elemento también importante de la patria potestad, sin quitarle esta misma, es decir, dejándole el resto de los derechos y deberes que la integran. Si esto se puede hacer con la administración de los bienes del hijo, ¿qué dificultad hay en concebir que se pueda hacer también con otro elemento de la patria potestad como es la representación legal de los menores?

La Honorable Cámara de Tercera Instancia, en fallo dictado a las 4 pm. del 22 de diciembre de 1911, y que aparece en la Rev. Judicial T. XVII, Nos. 7 y 8, de la primera quincena de abril de 1912, págs. 149 a 152, dijo: "...que

no existiendo acuerdo entre los cónyuges en la designación de quién de ellos deba ser el representante legal de dicho menor, procede la designación judicial, conforme lo dispuesto en el Art. 152 del Código Civil (151 C., en su actual forma), de preferente aplicación en el caso cuestionado, y esta Cámara estima aceptables las razones de la Segunda Instancia y del Juez, para confiar el cuidado personal y la representación legal a la madre señora doña A. M. Ch., *quien aparece cuidando de la crianza y educación del hijo.* M. J. A." Es de advertirse que el hijo tenía entonces casi 12 años; pero la madre estaba radicada en Londres, Inglaterra, y ella lo tenía de hecho, bajo su custodia, cosa que, según la oración subrayada, constaba probada en el juicio.

Aunque no lo dice la H. Cámara, consideramos que en este caso se aplicó el actual Art. 235 C., que dice: "Toca al padre, durante el divorcio, el cuidado personal de los hijos varones, desde que han cumplido cinco años; *salvo que* por la depravación del padre, o *por otras causas de inhabilidad,* prefiera el Juez confiarlos a la madre".

Entendió la Cámara como causa de inhabilidad para el ejercicio de la custodia personal del hijo por parte del padre, el hecho de residir ambos a tal distancia, ya que el padre estaba domiciliado en San Miguel. Nos parece el fallo mencionado muy conforme a derecho: sin quitar al padre legítimo la patria potestad, deja la representación legal del menor a quien le queda el cuidado personal, es decir, a la madre. No podríamos decir lo mismo respecto a la sentencia que citamos a continuación, dictada por la misma Cámara a las 10 horas del 11 de septiembre de 1931 y publicada en la Rev. Jud. Tomo XXXVI, Nos. 7 al 12, del segundo semestre de 1931, de la página 410 a la pág. 413. Leemos en ella:

"Está probado que durante el matrimonio de los señores F. M. hubo cinco hijos legítimos, todos actualmente menores de edad, que son dos niñas llamadas C. y V. de las M., y tres niños, O. O. y M., siendo los dos últimos menores de cinco años; y en observancia de los Arts. 151 C., incisos último y penúltimo, 234 y 235 del mismo Código, siendo inocentes ambos cónyuges, debe dejarse bajo el cuidado personal y representación legal de la madre, a las hijas mencionadas, sin distinción de edad; debiendo quedar los tres hijos varones representados legalmente por su padre legítimo señor F., a cuyo cuidado personal quedará también el menor O, mayor de cinco años; pero O, y M. estarán bajo el cuidado personal de la madre, mientras cumpla cada uno la edad de cinco años, y de allí en adelante pasarán dichos menores al poder y cuidado personal de su padre".

Cuando a la custodia personal de los menores nada tenemos que objetar: se aplica debidamente el Art. 234 C., pero cuanto a la representación legal de los menores, no vemos razón alguna para que se haya desatendido lo que con toda claridad expresa el último inciso del Art. 151 C.

Si los padres inocentes en el divorcio por mutuo consentimiento no se acordaren sobre a quién de ellos deben confiarse los hijos, o si se tratase de un divorcio con culpabilidad, habrían de aplicarse las normas legales que estudiaremos a continuación.

3)—Depravación de la Madre.

"Art 234 C.)—A la madre divorciada, haya dado o no motivo al divorcio, toca el cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad. Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquier edad o sexo, cuando por la depravación de la madre sea de temer que se perviertan; lo que siempre se presumirá, si ha sido el adulterio de la madre lo que ha dado causa al divorcio.

En estos casos, o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, podrá confiarse el cuidado personal de todos los hijos de uno y otro sexo al padre".

Dispone, pues, este artículo, que el cuidado personal corresponderá siempre a la madre, aunque ella haya dado motivo al divorcio:

a)—sobre los hijos menores de cinco años, sin distinción de sexo; y

b)—sobre las hijas, sin distinción de edad.

Ambas medidas son lógicas. ¿Quién mejor que la madre podría cuidar y atender a criaturas tan tiernas como las señaladas bajo la letra a)? ¿Quién mejor que ella conocerá las necesidades y cuidados correspondientes a las hijas?

Pero esta regla general tiene una excepción: cuando por la depravación de la madre sea de temer que las criaturas se perviertan. Muy prudente medida. Lo que no nos parece justo es que, *siempre* que el adulterio de la madre haya dado motivo al divorcio, haya de considerársele como depravada. Tal presunción es de derecho, demasiado rígida, y las realidades humanas son mucho más complejas. ¿Acaso la mujer que adultera *siempre* lo hace por perversión? ¿No puede hacerlo por desesperación o por necesidad económica, cuando el marido es un avaro, por ejemplo? Debió ser la ley menos inflexible, y dejar al criterio del Juez la apreciación de la depravación de la mujer. Sin duda el adulterio es un indicio muy poderoso de malas condiciones morales: pero no siempre es fiel reflejo de las realidades íntimas de quien lo comete.

4)—Alegación, Prueba y Juicio de la Depravación.

¿Cómo se juzgará de la depravación de la madre? ¿Tendrá el Juez libertad de arbitrio al respecto, o será menester que tal depravación sea alegada y probada en el juicio? El problema es de índole procesal. Si lo planteamos aquí es porque nos parece de importancia vital para la efectividad o ineficacia del artículo que estudiamos.

No indica la ley que ha de bastar una mera robustez moral de la prueba, de modo que, a nuestro juicio, la providencia que el Juez dictare con base en la disposición que nos ocupa, ha de asentarse sobre hechos plenamente probados. Pero como el fin que se persigue es de orden público, no atañe exclusivamente a los intereses privados de quienes se divorcian, no será menester

que las partes aleguen el punto y pidan fallo sobre él: el funcionario podrá resolver *motu proprio*. De lo contrario, se hará nugatorio el fin perseguido por la disposición que nos ocupa.

5)—Culpabilidad en el Divorcio y Custodia de los Menores.

Propiamente hablando la culpabilidad en el divorcio sólo tiene repercusión directa en la custodia personal de los hijos, cuando es la madre la culpable y la disolución del vínculo matrimonial se decreta por la causal 2ª del Art. 145 C., pues esta culpabilidad, según presunción de derecho, importa depravación de la madre. Pero fuera de este caso, la culpabilidad sólo puede repercutir en la custodia de los menores, en una forma mediata, a través de la perversidad del padre o de la madre, según estimación judicial.

Si la madre tiene, por prolongada ausencia del marido, la patria potestad sobre los hijos y el divorcio se pronuncia por la causal sexta o la novena con culpabilidad de ella, pierde la madre, según hemos dicho, la patria potestad; mas no perdería la custodia personal de las hijas de toda edad y de los varones menores de cinco años, a menos que el Juez, como nosotros estimamos pertinente, la considerase depravada. Expresamente debió aquí la ley conformar su criterio al que sustenta con relación a la patria potestad sobre los hijos, y no dejar este extremo supeditado a la buena o mala presunción del Juez. La causal sexta, si la ebriedad no es patológica, envuelve una verdadera depravación. La causal novena, sin duda también la involucra. Si el adulterio de la mujer *siempre* es para el legislador una peligrosa depravación, puede obedecer, como hemos dicho, a muy diversas causas. Lo que sí *siempre* importará en la depravación, es la ebriedad no patológica y la tentativa de corrupción.

6)—Inhabilidad Física o Moral.

No solamente en los casos de depravación de la madre habrán de confiarse los hijos al padre, sino también cuando la mujer se hallare inhabilitada por alguna otra causa para ejercer la custodia. La inhabilidad podrá ser física, como la ausencia, la miseria, la enfermedad contagiosa; o moral, como la idiotez o la depravación misma de que hemos venido hablando.

Cuando la madre es inhábil "podrá confiarse el cuidado personal de todos los hijos de uno y otro sexo al padre". "Podrá", dice la ley; con lo cual indica que el Juez tiene libertad de acción. De lo contrario diría "deberá". Esto, no obstante que el padre haya dado causa al divorcio, pues el Art. 236 C. permite al Juez en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, de preferencia a los ascendientes legítimos y luego a los consanguíneos más próximos.

7)—Readquisición del Cuidado Personal.

El Art 240 C. establece que si cesa la causa que ha dado motivo a una de estas providencias sobre custodia de los hijos, o sobreviene motivo justo para modificarlas o revocarlas, podrá el Juez hacerlo. Es decir, que estas resoluciones no causan estado.

Vamos ahora a suponer que se decretó un divorcio por adulterio de ambos cónyuges, y que, en vista de ello, y considerándolos a ambos depravados, el Juez, luego de oir al consejo de familia, dejó al único hijo del matrimonio, varón mayor de cinco años, bajo el cuidado del abuelo paterno. Pasó el tiempo, y el padre de aquel niño dió elocuentes y abundantes muestras de regeneración. ¿Podría volver a tener el cuidado personal de su hijo? Sí, puesto que tal expresa el Art. 240 C. Pero, ¿podría readquirir la patria potestad perdida? Ya no: el Art. 151, Nº 3º, le niega este derecho. Mas cabe preguntar si la representación legal del hijo vendríale aneja a su custodia. Estimamos que no, puesto que el último inciso del Art. 151 agrega la representación legal a la custodia, sólo en los casos de divorcio por separación absoluta y por mutuo consentimiento.

El usufructo legal, la administración de los bienes del hijo, su representación legal, son entonces negados al padre que adulteró una vez y luego se regeneró. En cambio, le es concedida la custodia personal del hijo. Vemos en esto una inconsecuencia: o la falta es borrable, o imborrable. Si lo primero, ¿por qué no devolver al padre la patria potestad perdida? Si lo segundo, ¿por qué no negarle definitivamente el cuidado del menor? La falta cometida por el sujeto de nuestro supuesto, más bien indica peligro de mal ejemplo para los hijos, que de mala administración de bienes o mal ejercicio de representación legal.

8)—Frecuencia de las Visitas.

Conforme al Art. 237 C., el Juez está facultado para señalar a su arbitrio la frecuencia que estime conveniente de las visitas que podrá hacer a los hijos el padre o madre de cuyo cuidado personal se hayan sacado; pero no puede prohibir tales visitas.

CAPITULO XXII

EFECTOS PATRIMONIALES DE LA CULPABILIDAD

1—Efectos en Cuanto a los Bienes. 2—Indeterminación del Patrimonio Favorecido. 3—Impropiedad del Verbo "Dar". 4—Del Dominio Sobre Inmuebles. 5—De los Bienes Consumibles. 6—Pérdida Imposible de lo Prometido. 7—De lo Donado o Prometido por Terceros. 8—Donaciones por Causa de Matrimonio. 9—Esta es una Condición Resolutoria. 10—Conservaciones del Inocente. 11—Caso de Doble Culpabilidad. 12—Carácter de la Disposición.

1)—Efectos en Cuanto a los Bienes.

También establece el Art 151 C., entre los efectos de la sentencia ejecutoriada de divorcio: "4º)—La pérdida por parte del cónyuge culpable de todo lo que le hubiere sido dado o prometido por el inocente, o por otra persona en consideración a éste, y la conservación de todo lo recibido por el inocente, y el derecho de éste para reclamar desde luego lo que le hubiere sido prometido por el culpable".

Esta disposición se encuentra en la edición de 1893 del Código Civil; la ley de divorcio absoluto de 1894, las reformas de 1902 y de 1907, respetaron el texto copiado.

Bastantes anomalías presenta esta norma. Analicémosla.

2)—Indeterminación del Patrimonio Favorecido.

El cónyuge culpable pierde todo lo que le ha sido dado por el inocente o por terceros en consideración a éste. Pero no establece la ley a qué patrimonio

pasan los bienes que así pierde el culpable. ¿Al patrimonio del inocente, aún cuando los bienes hayan sido dados por un tercero? Aunque lo calla la disposición que nos ocupa, consideramos que así debe entenderse, porque esos bienes habrán sido dados al culpable en *consideración al inocente,* es decir, por el afecto o el aprecio que por éste sienta el tercero.

Cabría sustentar otra opinión: como la ley no indica a qué patrimonio deben entrar los bienes que pierde el culpable, es de entenderse que quedan *res nullius:* los muebles serán del primer ocupante y los inmuebles del Estado. ¿Conforme a qué disposición habrían de traspasarse al inocente?

No creemos que alguien sostuviera esta última tesis; pero la apuntamos para poner de relieve la necesidad de que en la ley se aclare un punto de tanta importancia.

3)—Impropiedad del Verbo "Dar".

El verbo "dar" tiene en Derecho Civil una significación precisa. Se opone al verbo "entregar", que sólo alude al traspaso de la tenencia. "Dar" significa constituir o trasladar un derecho real o personal (aspecto jurídico) y envuelve la idea de entrega (aspecto material). Quien vende una cosa está obligado a trasladar su dominio y su posesión material. Así, pues, tanto "da" quien vende como quien dona.

Imaginemos que Ligia vendió a su marido un escritorio, y, en cumplimiento de la obligación de "dar" que importa la compra-venta, se lo "dió". Al decretarse el divorcio por culpabilidad del marido, ¿habría éste de perder el escritorio?

Es de toda evidencia que no fué tal la intención del legislador. Quiso la ley referirse únicamente a las cosas *donadas,* y esto, en consideración a la gratuidad que la donación implica.

4)—Del Dominio Sobre Inmuebles.

¿Cómo puede operarse, por virtud de la sentencia de divorcio, la pérdida, por parte del cónyuge culpable, de un bien inmueble? Cayo donó a su mujer, Lucrecia, una casa valiosa. Lucrecia adulteró, y por la causal 2ª se decretó divorcio entre ambos.

El dominio sobre la casa —derecho real, y, por definición, oponible a terceros— sólo ha podido constituirse por inscripción del instrumento público respectivo, en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas. (Art. 667 C.) Es notorio que la sentencia ejecutoriada de divorcio no podrá, por sí sola, poner fin a ese dominio, como expresa el Art. 151 C. Nº 4º. De ella surgirá sólo un derecho personal de Cayo frente a Lucrecia. O, a lo sumo, la sentencia será el antecedente inscribible. Pero siempre será la nueva inscripción la que ponga término al dominio anterior, para hacer surgir el nuevo.

5)—De los Bienes Consumibles.

Durante el matrimonio suelen los esposos donarse bienes consumibles. Supongamos que Ticio sostiene su hogar, como, por lo común, los maridos suelen hacerlo. Ligia, mujer de Ticio, habrá recibido de éste alimentos, golosinas, vestidos y adornos que con el tiempo se acabaron, etc., etc. Al ser ella culpable del divorcio, ¿estaría obligada a devolver tales cosas? El género no perece, y lo más frecuente es que las cosas consumibles sean también fungibles.

Conforme está concebido el Art. 151 Nº 4º, creemos que el reclamo podría prosperar, aún cuando consideramos que una devolución de tal naturaleza significaría la ruina para el cónyuge culpable del divorcio, y que no fué tan extremista la intención del legislador, expuesta en forma demasiado vaga en la disposición de que hablamos.

6)—Pérdida Imposible de lo Prometido.

La pérdida por parte del cónyuge culpable de lo que le ha sido prometido por el inocente o por un tercero, es imposible, porque nadie puede perder lo que no tiene. Quiso la ley referirse a la pérdida del derecho personal emergente de la promesa, que es una cosa bien distinta.

7)—De lo Donado o Prometido por Terceros.

Pierde el culpable lo que le ha sido donado por terceros, o el derecho a lo que por terceros le ha sido prometido, siempre que la donación o la promesa haya sido hecha en consideración al inocente. De otro modo conserva el culpable la cosa o el derecho.

8)—Donaciones por Causa de Matrimonio.

El Art. 1590 C. dice que las donaciones por causa de matrimonio son "las donaciones que un esposo hace a otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, y las donaciones que un tercero hace a cualquiera de los esposos, antes o después de celebrarse el matrimonio y en consideración a él".

El Art. 151 C. no se refiere a estas donaciones, sino a las que se hacen *entre cónyuges,* de modo que el inocente no podrá reclamar lo que donó al culpable *antes de ser cónyuge,* es decir, antes del matrimonio, ni lo que antes del matrimonio, y en consideración a él, fué donado por un tercero al cónyuge culpable, porque entonces éste último no era cónyuge todavía.

Igual cosa diremos de las promesas hechas por alguno de los esposos o por un tercero en consideración a él, al otro esposo, antes del matrimonio. El Art. 151 C. sólo alude a donaciones y promesas *hechas a cónyuges.*

9)—Esta es una Condición Resolutoria.

¿Cómo es posible que un dominio ya consolidado o un derecho real ya adquirido, se extingan en esta forma?

Diremos que, a nuestro ver, hay aquí toda una condición resolutoria tácita. Las donaciones y promesas a que nos hemos venido refiriendo, están sujetas a la condición resolutoria de no decretarse el divorcio por culpabilidad del cónyuge favorecido.

10)—Conservaciones del Inocente.

No era menester que la ley expresara la conservación de las cosas donadas y derechos derivados de promesas, por parte del inocente. Esto no es un efecto de la inocencia, sino la perduración normal de los derechos. Si la ley lo callare, no podría entenderse de otro modo.

11)—Caso de Doble Culpabilidad.

Incurre de nuevo el Art. 151 C. en grave omisión: la de no contemplar el caso de doble culpabilidad.

Si ambos cónyuges son culpables del divorcio, ¿nadie pierde las cosas que le fueron donadas por el otro, o por terceros en consideración al otro? ¿Ninguno pierde el derecho a reclamar lo prometido por el otro, o por terceros en su consideración? Y si ambos lo pierden, ¿a favor de quién?

Refiriéndose a este problema, escribía el Dr. Hermógenes Alvarado:

"Convenimos que, como reglas generales, son aplicables las anteriores prescripciones; pero, ¿qué se hará cuando en el juicio doble de divorcio se reconozca la culpabilidad de ambos cónyuges? No habría dificultad alguna en cuanto a las devoluciones a que está obligado el cónyuge culpable, pues siéndolo ambos, sus derechos y obligaciones recíprocos se equilibran y destruyen por la culpabilidad de uno y otro".

Esta sería, bien probablemente, la solución que adoptarían nuestros tribunales al presentarse el problema, sobre cuya ocurrencia práctica no tenemos noticia.

12)—Carácter de la Disposición.

Lo primero que se piensa al abocarse a la norma que nos ocupa, es que ella tiene por objeto sancionar la culpabilidad y que, entonces, su aplicación será de interés público.

Pero no es así. Según hemos visto, los bienes que pierde el cónyuge culpable benefician al inocente. Este podrá aprovechar o renunciar al derecho que lo asiste. Nada puede proveer de oficio, a este respecto, el Juez.

Se trata sólo de una condición resolutoria, como ya hemos expresado.

Ahora nos preguntamos: si se trata de una condición resolutoria, ¿a quién beneficia cuando la donación o promesa ha sido hecha por un tercero en consideración al cónyuge inocente? ¿A éste, o al tercero? Si se resuelve la promesa, ¿podría reclamar el inocente al tercero que prometió? ¿Si se resuelve

la donación, volverían las cosas donadas al poder del tercero donante? Entendemos que siempre ha de favorecer la resolución al cónyuge inocente, en cuya consideración fué hecha la liberalidad. Y, por ello, en el caso de promesa por un tercero, habrá una novación por cambio de acreedor.

Nos afirma en esta idea el considerar que, si ambos cónyuges son culpables, hemos de admitir la solución que da el Dr. Alvarado en el párrafo que hemos transcrito, ya que la ley no ha proveído para este supuesto. Y la culpabilidad común haría perder sus derechos al tercero donante o promitente, si los tuviera, lo cual no es lógico ni equitativo.

CAPITULO XXIII

POSTERIORES NUPCIAS DE LOS DIVORCIADOS

1—Prohibiciones Primitivas. 2—Reforma de 1902. 3—De los Arts. 14 y 15 de la Ley de Divorcio Absoluto. 4—Alcance y Finalidad de las Normas de 1894. 5—El Art. 15 Cambió de Fundamento. 6—Las Razones de 1902. 7—Las Razones de 1926. 8—Otras Observaciones.

1)—Prohibiciones Primitivas.

Por la ley de divorcio absoluto de 1894 fueron promulgadas las siguientes disposiciones:

"Art. 14)—Los cónyuges que hubieren obtenido sentencia ejecutoriada de divorcio absoluto, podrán contraer sólo segundas nupcias por causa de divorcio y mediante las formalidades legales".

"Art. 15)—Se prohibe contraer tercer matrimonio, sino por causa de viudez, pena de nulidad del tercer matrimonio".

"Art. 17)—El cónyuge culpable no podrá contraer segundas nupcias por causa de divorcio, sino después de seis años de la disolución matrimonial, pena de nulidad del segundo matrimonio".

2)—Reforma de 1902.

Por la ley de reformas de 1902, el contenido de esta última disposición fué trasladado al fin del numeral 1º del actual Art. 151 C., reduciéndose de 6 a 3 años el término que la disposición contiene. Así, en la edición de 1904 del Código Civil, las dos primeras normas aparecen bajo los números 157 y 158, y la última como parte del Art. 152 C., hoy 151 C.

Por de pronto nos referiremos sólo al contenido de los Arts. 14 y 15 de la ley de divorcio absoluto, para luego tratar por aparte lo que preceptúa el Art. 17 del mismo cuerpo legal.

3)—De los Arts. 14 y 15 de la Ley de Divorcio absoluto.

La primera de estas normas aparece en la última edición del Código Civil bajo el número 155, con una llamada que reza: "Este artículo fué suprimido por decreto legislativo de 26 de mayo de 1926". Creemos que, ya en prensa la obra, no pudo la disposición ser quitada de su texto sin grave perjuicio, y por ello quedó ahí con la notita explicativa pertinente.

Los considerandos de la reforma de 1926, rezan a la letra:

"CONSIDERANDO: que la prohibición que establecen los Arts. 155 y 156 C., a las personas que hubieren obtenido dos veces sentencia ejecutoriada de divorcio absoluto, para contraer terceras nupcias (salvo el caso de viudez) es una restricción, que desde hace algún tiempo está, y seguirá produciendo graves perturbaciones en el organismo social, y llegará con el tiempo, si no se pone coto a ello, a aumentar la desmoralización de los individuos que la componen, porque con dicha prohibición se obliga a sus miembros comprendidos en el caso de los Arts. citados, a vivir en constantes relaciones ilícitas, cuyos resultados, además de ser inmorales dichas relaciones, redundan en perjuicio de seres inocentes que nacen sin padre conocido.

"CONSIDERANDO: que es un deber del Poder Público, legalmente constituido, remediar en cuanto sea posible ese mal que día a día toma mayores proporciones, ampliando los términos prohibitivos a que los artículos citados se refieren".

La Corte Suprema de Justicia rindió informe el 6 de mayo del mismo año, oponiéndose al proyecto respectivo, el cual había sido presentado a la Honorable Asamblea Nacional Legislativa por el representante Dr. don J. Honorato Villacorta. Dijo entre otras cosas la Corte Suprema: "...el Tribunal cree que, afortunadamente, aquí en El Salvador no existe ninguna perturbación social ocasionada por quienes hayan obtenido segunda sentencia ejecutoriada de divorcio absoluto, los que, si existen, serán muy pocos; y como la reforma propuesta no la exige una necesidad social, la Corte Suprema de Justicia es de parecer que no conviene decretarla".

Por lo que se refiere al Art. 15 de la Ley de 1894, fué respetado en su redacción por los reformadores de 1902, y así llegó a ser el 158 de la edición de 1904. Fué modificado por el decreto legislativo de 26 de mayo de 1926, cuyos "considerandos" hemos transcrito, y desde entonces afecta la siguiente forma: "Art. 156 C. La persona que se hubiere divorciado dos veces, no podrá contraer otras nupcias sino cuando el divorcio anterior haya sido declarado por mutuo consentimiento, o cuando declarado por otras causas legales no hubiere sido declarado cónyuge culpable".

4)—Alcance y Finalidad de las Normas de 1894.

Conforme a la ley de 1894, los divorciados sólo podían contraer segundas nupcias, salvo el caso de que en las segundas enviudaran, pues en tal supuesto el tercer matrimonio sería por causa de viudez y no de divorcio.

El Art. 15 de la citada ley, tendía sólo a explicar el Art. 14, pues este último decía expresamente que las terceras nupcias prohibidas eran las que se celebraren *por causa de divorcio*, con lo cual quedaba exceptuada la causa de viudez o la de nulidad del segundo matrimonio. Por lo que se refiere a la nulidad indicada en el Art. 15, tampoco pudo tener más objeto que el de aclarar, pues, conforme a la regla general del Derecho Civil, los actos que la ley prohibe son nulos y de ningún valor (Art. 10 C.) en cuanto la misma ley no los sancione en otra forma. No era, pues, necesaria, la expresión de esta nulidad en el Art. 15 de la Ley de Divorcio Absoluto.

Al cónyuge culpable se prohibía celebrar el segundo matrimonio en tanto no hubieran transcurrido seis años de ejecutoriada la sentencia de divorcio. El término tenía doble aspecto: *preventivo* por cuanto tendía a evitar el fracaso de la segunda boda, dando tiempo al culpable para reformar sus conceptos y sus hábitos, y *represivo* porque en esta forma se le sujetaba a una restricción que acaso le fuera muy penosa.

¿Qué pretendió el legislador de 1894 al estatuir que los divorciados sólo podrían contraer segundas nupcias?

La disposición no tenía un carácter represivo, puesto que era aplicable por igual a los inocentes y a los no inocentes en el divorcio.

Se buscaba otra cosa: evitar que se abusara del divorcio —remedio heroico para muy graves situaciones—, pues ello venía en perjuicio de la institución matrimonial y, consecuentemente, de la organización de la familia y de la sociedad.

Por eso permitía la ley la contracción de un tercer matrimonio, cuando el segundo había sido disuelto por la muerte.

Esta era, pues, una limitación más a las perniciosas consecuencias sociales que podía traer la nueva institución.

5)—El Art. 15 Cambió de Fundamento.

Con la reforma de 1926, podríamos decir que la disposición no sólo restringió sus efectos al cónyuge culpable del divorcio, sino que también varió de fundamentos filosóficos y jurídicos. Efectivamente, a partir de esta reforma, ya no podríamos decir que se trata de evitar el juego imprudente del binomio matrimonio-divorcio, en atención a los requerimientos del orden social. Más bien presenta la disposición un aspecto represivo y constituye una especie de pena al cónyuge culpable.

Encontramos redundante la redacción del Art. 156 C. al decir que el dos veces divorciado sólo podrá casarse por tercera cuando el último divorcio haya sido decretado por mutuo consentimiento, y cuando la persona de quien se trata no hubiere sido declarada culpable; bastaba con decir esto último, puesto que jamás el divorcio por mutuo consentimiento acarrea culpabilidad a nadie.

Además, consideramos incorrecto el texto: a)—porque la locución "el divorcio anterior" es anfibológica, y puede referirse, ya al divorcio *anterior entre los dos divorcios,* ya *al divorcio inmediatamente anterior al tercer matrimonio,* que es, sin duda, lo que quisieron expresar los legisladores: y b)—por que la locución "o cuando declarado por otras causas legales...", da a entender que el mutuo consentimiento es una causal de divorcio, siendo, como es, que el Código Civil no trae este medio entre los que "la ley reconoce como causas de divorcio" (Art. 145 C.), sino que lo trata en disposición aparte, por razones que ya dejamos expresadas en el capítulo pertinente.

6)—Las Razones de 1902.

Por la ley de Reformas de 1902, según hemos dicho, se trasladó el contenido del Art. 17 de la Ley de Divorcio Absoluto, al final del Nº 1º del actual Art. 151 C.

En su respectivo "Comentario" se expresó así la Comisión:

"En la presente reforma se propone que al marido divorciado, cuando es inocente, no se le señale plazo ninguno para que pueda contraer otro matrimonio, y que se reduzca a tres años el término dentro del cual no debe volver a casarse el cónyuge culpable.

"La Comisión entiende que las trabas innecesarias puestas por la ley a la formación de uniones legítimas no tienen otros resultados que contribuir a la corrupción de las costumbres".

Analicemos el anterior "Comentario".

En primer lugar, la "propuesta" de que al cónyuge inocente no se le señalara plazo alguno para que pudiese contraer nuevo matrimonio, era totalmente inoficiosa, puesto que ninguno le señalaban las leyes anteriores. El Art. 17 de la Ley de 1894, se refiere exclusivamente al cónyuge culpable.

Si las trabas legales a las nuevas uniones legítimas de los divorciados parecían perniciosas a los legisladores, ¿por qué en vez de reducir de 6 a 3 años el lapso dentro del cual no puede volverse a casar el cónyuge culpable, no suprimieron rotundamente la "traba"? Habría estado esta disposición en mayor concordancia con su "Comentario".

7)—Las Razones de 1926.

Ya hemos copiado las razones en que el legislador de 1926 basó sus reformas, así como lo pertinente del informe que rindió la Corte Suprema de Justicia.

Los hijos ilegítimos en El Salvador constituyen más del 40% de la población. ¿Qué importancia podrán tener *los dos veces divorciados* en este fenómeno social? ¿Cuántos, en el año, se divorciarán por segunda vez? Lo pobre de nuestras estadísticas no permite dar cifras exactas; pero las 4 o 5 personas que cada año obtendrán segundo divorcio, no alcanzarán a constituir ni una gota en ese mar de relaciones ilegítimas que nos revela más del 40% de la población. No tiene, pues, base alguna la afirmación de que "la prohibición que establecen los Arts. 155 y 156 C.... desde hace algún tiempo está, y seguirá produciendo graves perturbaciones en el organismo social... etc."

Encontraron los reformadores de 1926 que las uniones extramatrimoniales a que podía dar lugar la restricción que estudiamos, eran inmorales. ¿Desde cuándo, preguntamos, la moral está supeditada a la ley? ¿Dejaría, un hecho inmoral, de serlo, sólo porque la ley lo autorizase? ¿El hecho inmoral, pasaría por ello a ser moral, o más bien habríamos de llamar inmoral a la ley que lo protegiese?

8)—Otras observaciones.

Durante la vigencia de la ley de divorcio de 1894, no podía disolverse el matrimonio ni por separación absoluta, ni por mutuo consentimiento. Resultado de lo anterior era que siempre había un cónyuge declarado culpable del divorcio, que no podía contraer segundas nupcias, pena de nulidad, sino hasta pasados 6 años de ejecutoriada la sentencia respectiva. Pero en 1902 no sólo se reduce el término de 6 a 3 años, sino que se facilita el divorcio sin culpabilidad, por los dos medios arriba indicados.

A la persona divorciada dos veces, la ley la reputaba inepta para constituir un verdadero hogar, y por ello le vedaba el acceso a las terceras nupcias. Facilitado a las partes el divorcio sin culpabilidad, librando a su albedrío la posibilidad o imposibilidad de declararla, se estableció que la prohibición de tercer matrimonio por causa de divorcio, sólo rezaría con los cónyuges culpables.

En suma: pareciera que el legislador tiene más interés en la solución que en la persistencia de los matrimonios. Cuanta medida prudente halló en las normas anteriores para impedir el abuso del divorcio, la ha ido derogando sin misericordia, o tornándola ineficaz con muy diversos procedimientos.

CAPITULO XXIV

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1—Arts. 170 y 171 C. 2—Historia. 3—Finalidad de la Disposición. 4—Suspensión Propuesta en 1902. 5—Ubicación Improcedente de las Normas. 6—Inexistencia de Comentarios. 7—Alcance Actual del Art. 170 C. 8—Vacío por Llenar. 9—Sobre el Art. 171 C. 10—El Divorcio en el "Código Bustamante".

1)—Arts. 170 y 171 C.

Reza el Art. 170 C.: "El matrimonio disuelto en territorio extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes salvadoreñas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en El Salvador, mientras viviere el otro cónyuge".

Y el 171 C. dice: "El matrimonio que según las leyes del país en que se contrajo pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en El Salvador, sino en conformidad a las leyes salvadoreñas.

2)—Historia.

Estas disposiciones están vigentes en el país desde que fué promulgado el Código Civil de 1860, y han permanecido sin más alteración que la agregación, por razón de estilo, de dos o tres comas que no alteran el contenido de las normas. En la edición de 1860 estaban bajo los números 122 y 123; en la de 1880, bajo los 120 y 121; en la de 1893 eran los Arts. 167 y 168 y en 1904 los Arts. 172 y 173.

3)—Finalidad de las Disposiciones.

Hasta el año de 1894 en que se promulgó la ley de divorcio absoluto, el matrimonio sólo se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges. Intentaban, pues, las disposiciones prenotadas, evitar que tuviese valor en el país un divorcio absoluto otorgado en el extranjero, ya que tal forma de divorcio no era admitida por nuestras leyes y venía a afectar disposiciones de orden público internacional.

4)—Supresión Propuesta en 1902.

Pero al admitirse entre nosotros la disolución del vínculo matrimonial por causa de divorcio, perdieron su principal objeto los indicados artículos, y así lo reconoció la comisión reformadora de 1902, la cual propuso la supresión del actual Art. 170 (167 de entonces) razonando su propuesta en el siguiente "Comentario.—La disposición de este artículo es contraria al principio de derecho internacional privado, según el cual, el matrimonio, en cuanto a su celebración, se rige por las leyes del lugar en donde se contrae, y en cuanto a sus efectos por el domicilio actual de los cónyuges. Si se trata de salvadoreños, no hay necesidad de decir que permanecen sujetos a nuestras leyes en lo tocante a sus relaciones de familia, no obstante su residencia o domicilio fuera de El Salvador, porque ya esto se declaró así en el Art. 15; y si de extranjeros, no pueden las leyes salvadoreñas, sin desconocer las prácticas de las naciones civilizadas, declarar sin efecto los actos que hayan ejecutado en país extraño. En virtud de este artículo quería el legislador que el matrimonio, donde quiera que se hubiese celebrado, fuera siempre indisoluble para nosotros, no obstante las leyes extranjeras que admitían la ruptura del vínculo por el divorcio absoluto; pero una vez admitido éste por nuestras leyes, puede decirse que tan anómala disposición ha sido implícitamente derogada".

Nada dijo la Comisión aludida respecto al Art. 168, edición 1893, actual Art. 171 C.

5)—Ubicación Improcedente de las Normas.

Los mencionados artículos se hallan colocados en el capítulo sexto, título cuarto del libro primero del Código Civil, denominado "De la Nulidad del Matrimonio". El sitio nos parece inoportuno, ya que se refieren, no a la nulidad, sino a las dos formas de disolución del matrimonio: la muerte de uno de los cónyuges y la sentencia ejecutoriada que declara el divorcio absoluto. (Art. 169 C.).

6)—Inexistencia de Comentarios.

Los Dres. Suárez y Eduardo, que impugnaron muchas de las reformas propuestas, no hicieron referencia a esta supresión en sus trabajos, por lo que entendemos que estuvieron de acuerdo con ella.

La Corte Suprema de Justicia tampoco se opuso en ninguno de sus dos informes a la derogatoria; sin embargo, la Asamblea Nacional Legislativa dejó sin tocar el texto que nos ocupa.

7)—Alcance Actual del Art. 170.

Esta norma no desconoce en forma directa la validez del divorcio otorgado en el extranjero; únicamente niega a los divorciados el derecho de contraer nuevas nupcias en El Salvador, si conforme a nuestras leyes no hubiera sido procedente la disolución.

Así, por ejemplo, quienes se hubieren divorciado en otro país conforme a alguna causal no reconocida en nuestra legislación, v.gr., por incompatibilidad de caracteres, no podrían contraer nuevas nupcias en El Salvador, durante la vida del ex-cónyuge.

Si, a nuestro ver, la legislación salvadoreña se ha vuelto en extremo tolerante en un punto de tanta importancia como es éste del divorcio, no negaremos que otros países —cuyo tipo de cultura es diferente en esencia del nuestro—, que otros países, decimos, tienen todavía una "liberalidad" mayor que la nuestra para romper los lazos del matrimonio. ¡Cuántos divorcios caprichosos registrarán los archivos de Reno...! Todavía queda esta pequeña salvaguarda, que ya intentaron destruir unos reformadores. Y no podría volverse a casar en El Salvador quien en California logró el divorcio, según recordamos haber leído en alguna revista, por el delicioso pretexto (léase "causal") de que su consorte le hacía excesivo cariño al gato persa...

Mas, advertimos que, al no desconocer expresamente la validez del divorcio otorgado en el extranjero conforme a alguna causal no reconocida por nuestras leyes, este Art. 170 respeta la soberanía del país en donde se disolvió el vínculo. Aquellos ex-cónyuges no están ya casados para nuestra ley, de modo que no podrían exigirse recíprocamente el cumplimiento de sus deberes conyugales. Para todo efecto que no sea la contracción de nuevas nupcias, el Código Civil Salvadoreño reconoce la legitimidad de la disolución del matrimonio.

El término de la prohibición era lógico. Por no admitir el divorcio absoluto las leyes anteriores a la de 1894, la prohibición de contraer nuevas nupcias cesaba con la muerte del otro cónyuge, que venía a disolver el matrimonio anterior, de modo que el nuevo se celebraba por causa de viudez, y no por causa de divorcio.

Ahora nos planteamos esta cuestión: los divorciados conforme a leyes extranjeras —por incompatibilidad de caracteres, para el caso— ¿en qué situación quedan conforme al estado actual de nuestra ley?

No podrían divorciarse de acuerdo con nuestras normas, porque equivaldría a negar la validez del primer divorcio, sobrepasando los alcances del Art. 170 C. Para poderse casar uno de los ex-cónyuges, habría de esperar el fallecimiento del otro. El caso se presentó: el Dr. Z., español divorciado en el

extranjero, y la Sra. V. S., salvadoreña también divorciada en el exterior, por causal no reconocida en nuestras leyes, quisieron casarse en El Salvador. Se los impidió esta disposición y fueron a hacerlo, si no recordamos mal, a la República de Panamá. No regresaron al país; pero, si hubieran regresado, nuestras leyes habrían tenido que reconocer la validez del último matrimonio.

8)—Vacío por Llenar.

No consideramos pertinente que se derogue el Art. 170 C. porque, según hemos indicado, constituye un valladar a la disolución del matrimonio por causas pueriles; pero creemos que al reconocer en El Salvador el divorcio absoluto, debió revisarse esta norma y disponer, por ejemplo, que los divorciados en el extranjero, por una causal no comprendida entre las que reconoce nuestra ley, pudieran establecer sumariamente, en diligencia de jurisdicción voluntaria si, además de la causal por la que se decretó el divorcio, concurre a favor del interesado alguna de las que establece nuestro Art. 145 C. no para el efecto de decretarse un nuevo divorcio, sino para el de autorizarse el nuevo matrimonio. En esta forma se armonizarían el respeto debido a las soberanías extranjeras, el interés de El Salvador en que el divorcio no se decrete por nimiedades, y el interés de los divorciados que desearen contraer nuevas nupcias.

9)—Sobre el Art. 171 C.

El Art. 171 C. tendía a sujetar a la ley nacional, en cuanto al divorcio, los matrimonios contraídos en el extranjero. Más concretamente, pretendía que aún cuando el matrimonio hubiese sido contraído en alguno de los países que reconocían el divorcio con disolución del vínculo, no pudiera ser en El Salvador sino por la muerte de uno de los cónyuges, ya que, como hemos dicho, nosotros no admitíamos por entonces el divorcio absoluto.

10)—El Divorcio en el "Código Bustamante".

Las normas que organizan la familia son de orden público internacional, y por eso siguen al nacional a donde quiera que vaya; por manera que, sin la existencia de este artículo, un extranjero podría reclamar en El Salvador la aplicación de sus estatutos. Esta es la utilidad que presenta la norma a que nos referimos.

La Convención sobre Derecho Internacional Privado celebrada en la Sexta Conferencia Internacional Americana, La Habana, 1928, conocido con el nombre de "Código Bustamante", establece en su capítulo cuarto, sección quinta, lo que sigue.

"Sección V.—Separación de Cuerpos y Divorcio.

"Art. 52).—El derecho a la separación de cuerpos y al divorcio se regula por la ley del domicilio conyugal, pero no puede fundarse en causas anteriores a la adquisición de dicho domicilio si no las autoriza con iguales efectos la ley personal de ambos cónyuges.

"Art. 53).—Cada Estado contratante tiene el derecho de permitir o reconocer o no, el divorcio o el nuevo matrimonio de personas divorciadas en el extranjero, en casos con efectos o por causas que no admita su derecho procesal.

"Art. 54).—Las causas de divorcio y de la separación de cuerpos se someterán a la ley del lugar en que se soliciten, siempre que en él están domiciliados los cónyuges.

"Art. 55).—La ley del Juez ante quien se litiga determina las consecuencias judiciales de la demanda y los pronunciamientos de la sentencia respecto de los cónyuges y de los hijos.

"Art. 56).—La separación de cuerpos y el divorcio, obtenidos conforme a los artículos que preceden, surten efectos civiles de acuerdo con la legislación del tribunal que los otorga, en los demás Estados contratantes, salvo lo dispuesto en el Artículo 53".

Esta convención fué aprobada por decreto legislativo de 31 de marzo de 1931, con algunas reservas que no afectan a los capítulos copiados, publicado en el diario oficial de 10 de junio del mismo año. Esta Convención fué ratificada por las Repúblicas de Nicaragua, Bolivia, Venezuela, Costa Rica, Chile, Brasil, República Dominicana y Haití que hicieron reservas (El Brasil las hizo con respecto a los Arts. 52 y 54) y por los gobiernos del Perú, Panamá, Guatemala, Honduras, Cuba y Ecuador.

CAPITULO XXV

¿NORMAS CON EFECTO RETROACTIVO?

1—Art. 153 C. 2—Antecedentes. 3—Contenido del Artículo. 4—Crítica. 5—El Caso es de Ocurrencia Improbable. 6—¿Implicó Efecto Retroactivo la Ley de 17 de Mayo de 1912?

1)—Art. 153 C.

Establece el Art. 153 C.:

"Los que hubieren sido divorciados conforme a las leyes anteriores a este Código, podrán obtener el beneficio de la disolución del vínculo matrimonial establecido por el mismo, mediante nueva sentencia del Juez respectivo, sirviendo de prueba la sentencia ejecutoriada del divorcio anterior.

"También se fallarán conforme a este Código, los juicios de divorcio que estuvieren pendientes, si así lo solicitare alguna de las partes o ambas".

2)—Antecedentes.

Proviene la anterior disposición del Art. 11 de la Ley de Divorcio Absoluto de 1894, que tenía igual redacción, salvo en la parte del inicio: "Los que hubieren sido divorciados conforme a las leyes anteriores a la presente... etc." Ya haciendo alusión a "leyes anteriores a este Código", aparece la norma, bajo el número 155, en la edición del Código Civil de 1904.

La modificación adolece del vicio emergente de la premura con que se hizo. Ni la edición del Código Civil de 1904 ni la de 1926, son un Código distinto del que se promulgó en 1860. Este es el único que hemos tenido. Ha sufrido, con el tiempo, modificaciones buenas y malas; pero no ha perdido

su individualidad, ni ha sido substituido por otro. De modo que, literalmente, el Art. 153 C. se está refiriendo a divorcios obtenidos conforme a leyes anteriores a 1860, año que marca el advenimiento de "este Código" a la vida jurídica de El Salvador.

Que no fué tal el propósito de los legisladores, es cosa obvia. Ellos quisieron y debieron iniciar este artículo así: "Los que hubieren sido divorciados conforme a leyes anteriores a las de divorcio absoluto, de 20 de abril de 1894... etc.", ya que ésta es la que sirve de punto de referencia al antecedente primitivo (al Art. 11 de la precitada ley), y la que marca la línea divisoria, en el tiempo, entre el régimen de divorcio sin disolución de vínculo y el régimen de divorcio vincular.

3)—Contenido del Artículo.

El contenido del artículo es doble. En el inciso primero, franquea el divorcio absoluto a los separados de cuerpos; en el segundo, a los que tienen pendiente su querella de divorcio.

A favor de los primeros, es prueba suficiente la sentencia ejecutoriada.

Los juicios pendientes habían de fallarse en conformidad a las nuevas disposiciones, con sólo que una de las partes manifestase su deseo de que así se hiciera.

4)—Crítica.

A nuestro ver, esta disposición importaba un efecto retroactivo y era, en consecuencia, inconstitucional, de acuerdo con el Art. 24 Const.

Respecto de las personas ya divorciadas, la retroactividad nos parece evidente e indiscutible. Ya pronunciada y ejecutoriada la sentencia de divorcio relativo, debió quedar con la inamovilidad de la cosa juzgada.

Con relación a las personas que tenían pendientes sus querellas, aún cabría aducir que sus causales dábanles únicamente perspectivas de derecho, y no derechos adquiridos, y que aquéllas pueden ser modificadas por el legislador. Sin embargo, los términos de la contienda judicial, según principio de universal aceptación, deben quedar fijos, inalterables, con el cuasi contrato de *litis contestatio.* No juzgamos ni científico ni equitativo el librar a la voluntad unilateral del actor o del reo, la posibilidad de modificación de dicho cuasi-contrato.

Sobre esta cuestión, el doctor Hermógenes Alvarado se expresó así: "¿Estará conforme a la Constitución (el Art. 11 de la Ley de Divorcio Absoluto) que prohibe dar a las leyes efectos retroactivo? Pudiera muy bien sostenerse que ese artículo es inconstitucional. Una sentencia ejecutoriada que de una manera expresa determina y detalla cuáles son los únicos efectos que produce, no puede modificarse por una ley posterior, ya sea ampliando o restringiendo esos efectos.

"Por lo que respecta a los matrimonios contraídos con anterioridad a la ley actual de divorcio, no vemos inconveniente alguno en que puedan disolverse conforme a la última, puesto que aplicándola no se le da efecto retroactivo, como algunos han opinado". (Rev. de Drcho. y Jurisp., Año I, Nº 4, Dic. 1900, pág. 190).

A nuestro entender, los jueces debieron abstenerse de aplicar esta disposición, al menos en aquella parte en que tan ostensiblemente se opone al precepto constitucional de irretroactividad.

5)—El Caso es de Ocurrencia Improbable.

El caso de que personas divorciadas antes de la ley de 1894 deseen obtener el divorcio absoluto, es de ocurrencia bien improbable, aunque posible.

En 1893 casaron un varón de 14 años y una joven de 12. En febrero de 1894 obtuvieron el divorcio sin disolución del vínculo. Escribimos en 1945. A esta altura del tiempo, él tendría 66 años de edad y ella 64. Suponiendo que ambos estuviesen vivos, han tenido 51 años para pedir el divorcio vincular, y es casi imposible que lo que no hicieron durante ese tiempo —quizá en flor de juventud y con la perspectiva de nuevas nupcias— no lo hagan hoy que el discurrir de los años los habrá tornado más conservadores de sus ideas y sus hábitos, más reposados y serenos frente a la vida.

6)—¿Implicó Efecto Retroactivo la Ley de 17 de Mayo de 1912?

Al rebajarse, por ley de 17 de mayo de 1912, a un año el *mínimun* de tiempo necesario para constituir la causal de separación absoluta, los legisladores, en el Art. 2º del decreto que el lector puede ver en el Nº 1 del Cap. XIII de esta tesis, pusieron: "El cónyuge que en la actualidad hubiese cumplido un año de separación absoluta del otro cónyuge, podrá, si lo quisiere, pedir el divorcio absoluto, acogiéndose a la presente disposición".

No ha faltado quién pretenda ver efecto retroactivo en la disposición que acabamos de trasladar al lector. Para nosotros no lo hay: los que habían ya cumplido los dos años de separación que antes exigía la ley para otorgar el divorcio, no fueron perjudicados por la nueva disposición. Para los que sólo habían cumplido un año, surgió un derecho de que antes carecían.

Este volumen de la Colección Tesis Escogidas se terminó de imprimir el día doce de Noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve en los talleres de la Editorial Universitaria "José B. Cisneros". — San Salvador, El Salvador, C. A.


University of California, Los Angeles
L 006 615 154 9

COLECCION

TESIS ESCOGIDAS